شرح فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ ــ شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
٢ ــ حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الخامس

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمد محمود الحلبي وشركاه ـ خلفاء

الطبعة الأولى
١٣٨٩ هـ = ١٩٧٠ م

مَنْ يُرِدِ اللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب العتق على جعل)

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لايملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما

(باب العتق على جعل)

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لأن المال فى هذين البابين من الإسقاط غير أصل ، بل الأصل عدمه ، فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل ، والجعل مايجعل للإنسان على شىء يفعله ، وكذا الجعيلة ، ويقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر فى الصحاح ، وفى غيره من غريب الحديث للقتبى وديوان الأدب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أوبألف درهم أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتكها على أن تعوضنى ألفا فإنه يعتق إذا قبل ، وإنما يعتق بمجرد قبوله . والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه ، وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة ، ومن

(باب العتق على جعل)

الجعل بالضم ماجعل للإنسان من شىء على شىء يفعله ، وكذلك الجعالة بالكسر ، وإنما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل فى باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أىّ مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله . لايقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الألف كما لو قال إن أدّيت إلىّ ألفا لالما قيل إنها إنما تكون للشرط إذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك فى الأفعال دون الأعيان لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال ، بل لما قيل لأن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض لاالتعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وإنما يعتق العبد بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لايملك نفسه) فقوله إذ العبد لايملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال

(باب العتق على جعل)

فى البيع . فإذا قبل صار حرًّا ، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به ، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ماعرف ،

حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع ، وكما إذا طلقها على مال فقبلت ، وهذا لأن المولى ثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوّض ، وإلا اجتمع العوضان فى ملكه حكما للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول فى مجلسه ذلك إن كان حاضرا ، وإن كان غائبا اعتبر مجلس علمه . فإن قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية ، وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده ، وإذا صار دينا على حر صحت الكفالة به ، وعليه ماذكر فى الأصل . أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على المولود من ذلك المال شىء لأنه ليس على الوارث من دين المورّث شىء ، ولوكانت أعطته فى حال حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لأنها حرّة مديونة ، بخلاف بدل الكتابة لاتصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبدل

وهو يحتمل وجوها : أحدها أن العبد لايملك نفسه من حيث المالية لأنه مال فلا يملك المال ، وإذا لم يملكه كان مابذله من العوض فى مقابلة ماليس بمال وليس بشىء لأن المولى يملكه ؛ فكان مابذله فى مقابلة المال والثانى العبد لايملك نفسه لأنه ليس بمال بالنسبة إلى نفسه لكونه مبنى على أصل الحرية بالنسبة إليه ، ولهذا صح إقراره بالحدود والقصاص وغيرهما . وإذا كان كذلك سقط ملك المولى فى ذاته بالإعتاق أو ببيع نفسه منه فكان مابذله فى مقابلة ماليس بمال ، ذكر هذان الوجهان فى بعض الشروح ، وهذا أيضا ليس بشىء لأن العبد مال بالنسبة إلى مولاه وإن لم يكن مالا بالنسبة إلى نفسه فكان مابذله فى مقابلة مال عند المولى . والثالث أن العبد لايملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطا فلم يدخل به فى يده شىء من المال . غاية مايقال إنه ثبت له به قوّة شرعية وهى ليست بمال لامحالة ، فكان مابذله فى مقابلة ماليس بمال بل ماهو قوّة شرعية ، وهذا أقرب منهما . وإذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع ، فإذا قبل صار حرا ، وإن ردّ أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل ، فإذا قبل صار ماشرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسعى وهو حرّ ، بخلاف بدل الكتابة حيث لاتصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق ، فكان ثبوته على خلاف القياس ، إذ القياس ينفى أن يستوجب المولى الدين على عبده ، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة . وقوله (وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعنى فى قوله ومن أعتق عبده على مال .

(قوله لأنه مال فلا يملك المال) أقول : هذا لايدل على المقصود إذ المدعى أنه لايملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضا ليس بشىء) أقول : قوله ليس بشىء ليس بشىء فإن المراد أنه لم يحصل فى يده شىء من المال على ما هو الشأن فى معاوضة المال بالمال ، وكونه مالا بالنسبة إلى مولاه لايفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لايملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطا) أقول : ضمير لكونه راجع إلى العقد (قال المصنف : وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه الخ) أقول : قال تاج الشريعة : يريد به النوع بأن قال فرس أوحمار انتهى . يعنى يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال الخ ، لكن بقى ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام فى شرحه حيث قال : ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب المروى ، ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ، ولولم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى . وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل فى كلام المصنف ، ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس .

وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد ،وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس،ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة

للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل ، والمنافى هو الرقّ فإنه ينفى أن يكون للمولى على مرقوقه دين ، ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهومالا يخرج المديون عنه إلا بأداء أو إبراء ممن له ، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه ، وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ماشاء يدا بيد لأنه دين لايستحق قبضه فى المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان ، ولا خير فيه نسيئة لأن الدين بالدين حرام (قوله وإطلاق لفظ المال) أى فى قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أوحمار أوعبد لأن الجهالة يسيرة فتتحمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح . وعلل المصنف كونه معاوضة بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه : يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس مالا لأن نفسه بالنسبة إليه ليس مالا لأنه مبنى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية ، وكذا الخلع والصلح عن دم العمد ، وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ، ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى . ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المشهور ، وهو مذهب مالك وأحمد ، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أوحيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه . ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق ، إن كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة فى مثله مخلص ، وإن كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أوبعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يرجع بقيمة المستحق ، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم ، وإذاكان الحكم أنه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا ، إلا أن فى البيع إذا لم يجز مالك العبد بفسخ العقد وهنا لايفسخ بعد نزول العتق بالقبول . ولو اختلفا فى المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كرّ حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه ، وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول فى بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينته ، ولو كان هذا الاختلاف فى مسئلة التعليق بالأداء وهى التى تلى هذه المسئلة : أعنى قوله إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله فى بيانه بخلاف ماقبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما فى الدين الواجب عليه ، أما هنا فلا يعتق إلا بالأداء ، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد ، إذ لا منافاة بين البينتين لأنه يجعل كأن الأمرين كانا فأى الشرطين أتى به العبد يعتق ، ولأن البينتين للإلزام ، وفى بينة العبد معنى الإلزام أتم ، فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة وليس فى بينة المولى إلزام فإنها إذا قبلت لايلزم العبد أداء المال هكذا ، فاعرف هاتين المسئلتين . ولوقال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ، ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائبا .

وقوله (فشابه النكاح) يعنى إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة هنا كما جاز ذلك فى تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس) كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية ، فإن جهالة الوصف لاتمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

قال (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول إن أديت إلىّ ألف درهم فأنت حر ، ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء. وإن كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على مانبين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذونا لأنه رغبه فى الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدى فكان إذنا له دلالة (وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية . وقال زفر رحمه الله: لايجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا،

ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حرّ إن شئت ولم تشأ ، وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى ، بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشترى لأن القائل أقرّ بالبيع ،ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول إن أديت إلىّ ألفا فأنت حرّ ، ومعنى صح قوله : أى التعليق فيستعقب مقتضاه ، وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبين فى خلافية زفر ، والكتابة ليست صريحا فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الأداء ، وذلك يقتضى أن يتمكن شرعا من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال ، ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لأنه الموضوع للاكتساب فى العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدّى لأنه خسة يلحق المولى عارها ، لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط (قوله وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفى سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مدّ يده أخذه ، وعلى هذا فمعنى نسبة الإجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحا ، أما لوكان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لوكان قال له إن أديت إلىّ كذا خمرا أو ثوبا فأنت حرّ فأدى ذلك لايجبر على قبولهما : أى لاينزل قابضا إلا إن

ولو علق عتقه بأداء المال صح) لأن هذه الصيغة : أعنى قوله إن أدّيت إلىّ ألف درهم فأنت حرّ صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط ، ولهذا لايحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد بردّه ، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما فى التعليق بسائر الشروط . وقوله (من غير أن يصير مكاتبا) يعنى لاتثبت أحكام المكاتبين ، حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدّى عنه ،ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع مافى يده من أكسابه، ولوكاتب أمة فولدت ثم أدّت لم يعتق ولدها ، ولوحط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ، ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ماذكر فى الجميع . وقوله (ومراده التجارة) يعنى من الترغيب فى الاكتساب لأنها هى المشروعة عند الاختيار (دون التكدّى)لأنه يدنئ المرء ويخسه . وقوله (وفى سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها . وقوله (أنه) يعنى المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض ، وليس المراد بالإجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس ، وقوله (إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظى ، فإنه لوقال لعبده كاتبتك

ولهذا لايتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان لأنه لااستحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب . ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ماعلق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لايمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى إلى الولد المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الأداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول ،

أخذه مختارا ، وأما عدم العتق فى قوله إن أديت إلىّ ألفا فحججت بها فأنت حرّ لايجبر على القبول ، لأن التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة ، ولذا إن كان قال إن أديت إلىّ ألفا أحج بها يجبر على القبول لأن الأداء إتمام الشرط والحج وقع مشورة . وقال زفر : لايجبر على القبول : أى لاينزل قابضا بالتخلية بل إن أخذه كان قابضا وعتق العبد . وقوله هو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ، ولهذا لايتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ، وإذا كان يمينا فلا إجبار على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ، ولا يجبر على أن يباشر الإنسان سببا يوجب عليه شيئا ، بخلاف الكتابة لأنه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه إذا أتى به أما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله . واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حفّ بما يقتضيها كقوله إن أدّيت إلىّ ألفا كل شهر مائة فأنت حرّ فإنه يصير مكاتبا لايجوز بيعه ، كذا ذكره فى الدراية مقتصرا ونسبه إلى الخزانة ، والمسئلة فى مبسوط شمس الأئمة . وذكر أن هذا هو المذكور فى نسخ أبى سليمان ، وفى نسخ أبى حفص لايكون مكاتبا وله بيعه لأنه تعليق بشروط وهو أن يؤدّى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء . ووجه رواية أبى سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعانى لاللألفاظ واستشهد لأبى حفص بما لو قال إن أدّيت إلىّ ألفا فى هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه فى غيره لايعتق اتفاقا ، وأجيب بأنه ليس فى هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل (قوله ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة بالنظر إلى المقصود لأنه ماعلق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية)من جهة السيد وينال السيد

على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظى لعدم ألفاظ الشرط فيه . وقوله (ولهذا لايتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين . وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان) متصل بقوله لأنه تصرف يمين . وقوله (لأنه لا استحقاق) تقريره : لاجبر إلا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء . وقوله (بخلاف الكتابة)متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا . وقوله (لأنه) أى لأن عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ماعلق عتقه بالأداء إلاليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ) بأن يقول إن أدّيت إلىّ ألفا فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لايمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولايسرى إلى الولد المولود قبل الأداء ،وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الأداء دفعا للغرور عن العبد) فإنه ما تحمل المشقة فى اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية

المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة ، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ، ولذا كان عوضا فى الطلاق إذا قال إن أدّيت إلىّ ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار إلى وقت أدائه إياه ، ويلزم اعتباره مكاتبا لأن ما بالضرورة يتقدّر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لأن على ماذكر يكون المال للعبد لا للمولى . وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد ، وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق ، أما إن أريد به الإعتاق الذى هو فعله فلا ، ولو حوّل تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لايعتق بأداء ماكان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا ، بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر . فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط ولا لتضرر السيد إذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية إلى المولود للأمة المعلق عتقها بالأداء ، بخلاف ما لو كان عبدا لأن رقّ الولد وحريته تابعة لأمه . والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كلّ عليه ، وعلى هذا يدور الفقه ، أى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التى بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة ، إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ماهو بعد الأداء ، وهوما إذا وجد السيد بعض المؤدّى زيوفا فإن له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من

فيجبر على القبول . فإن قيل : لايمكن جعله معاوضة أصلا لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك للمولى ، لأنه قبل الأداء عبد وهو وما فى يده لمولاه . أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال ، حتى لو أدى ذلك عتق ، كذا فى النهاية وغيره منسوبا إلى مبسوط شيخ الإسلام ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من إثباته . والثانى أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لايقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ، ولعل الصواب فى الجواب أن يقال : لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق ، فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

(قوله لأن البدل والمبدل الخ) أقول : فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق ، وليس ذلك ملك المولى ، ولا تمس الحاجة فى تتميم السؤال إلى كون المبدل فى ملكه بل يكفى حصوله بسببه و من جهته فليتأمل (قوله ملك المولى) أقول : يعنى رقبة وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين ، إلى قوله : فلا بد من إثباته) أقول : يكفى فى إثباته ماذكر المصنف ولم يتم ماعورض به لتوجه المنع إلى قوله كلاهما عند الأداء ملك المولى . وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الأداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثانى أيضا ، فإن مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لايخفى فليتأمل (قوله ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول : كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف فى ماله ، ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به فى المرابحة والتولية وغيرهما وفى التعليق ليس كذلك (قوله فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول : فيه بحث ، إذ لا كلام لأحد فى صحة العتق على مال ، وإنما النزاع فى الإجبار على القبض ، ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الإجبار ولا يفيد الأولوية بالطريق ، فالمآل إلى مانقل عن شيخ الإسلام كما لايخفى على أولى الأفهام (قوله فلابد من إثباته) أقول : يكفى فى إثباته ما ذكره المصنف .

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض . ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقى . ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ،

ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضا إذا أتاه به ، وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة : الأولى ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق ١ بخلاف الكتابة . الثانية لو مات المولى وفى يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة . الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة . الرابعة لو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة . الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق ، ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها ، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء فى الموضعين يكون والإبراء لا يتصور فى هذه المسئلة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة . السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب فنى وجوب قبول ما يأتى به خلاف عند أبى يوسف ، نعم وعند محمد لا ، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف فى أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا . ووجه قول محمد إن وجوب القبول وإنزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول . غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف فى الأيمان بالطلاق ، وقول أبى يوسف عندى أوجه لأن الكتابة التى تطل بالبيع هى القائمة عنده . وأنت علمت أن إنزاله مكاتبا إنما هو فى الانتهاء وهو ماعند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل ، وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال . السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق مالم يؤد فى ذلك المجلس ، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ فى عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة ، هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن ، فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس . الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب . التاسعة أن للسيد أن يأخذ مايظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب . العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب . الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على ماسيذكر ، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير به أحق من سيده فإذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق) لأن شرط العتق أداء الكل

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهى وتخرج المسائل) المتعارضة : يعنى أن قوله إن أديت إلى ألف درهم فأنت حر ألحق فى بعض الأحكام بمحض التعليق وهى ماذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره ، وألحق فى بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول ، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود عملنا بالشبهين : شبه التعليق فى حالة الابتداء وشبه المعاوضة فى حالة

---

(١) (قوله ويعتق). لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الأداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى .

ثم الأداء فى قوله إن أديت يقتصر على المجلس لأنه تخيير ، وفى قوله إذا أدّيت لايقتصر لأنّ إذا تستعمل للوقت

ولم يوجد كما لوحطّ عنه البعض وأدى الباقى فإنه لايعتق كما ذكرنا فى المسائل لعدم الشرط ، وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض مايجب عليه قبوله ، فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ، ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد ، وليس أداء البعض كذلك إلا إذا كان فى ضمن الكل فإنه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف ، وما ذكره المصنف هو المذكور فى الإيضاح . وذكر شيخ الإسلام أنه لايجب قبوله كما ذكرنا ، وذكر فى شرح الطحاوى أن عدم وجوب قبوله قول أبى يوسف وأنه القياس ، والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب ، والأوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لأنه قد يعجز عن أداء الكل دفعة ، وما تحمل مشقة الاكتساب إلا لذلك الغرض ، فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كدّ سعيه خاليا عن غرضه ؛ ومما تقدم يعلم أن السيد لوخطفه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (قوله ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها ، أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الألف حتى يعتق لو كانت ألفا مغصوبة ، إلا أنه لايجب عليه قبول المغصوبة . وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه إياها ، وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها إضافة للمصدر إلى المفعول ، وهو تعليل للرجوع وهذا لأنها ملكه ، والعبد وإن قلنا إنه يملك ما اكتسبه عند الأداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق . وهذا يوجبه النظر فى الغرض وهو أن يحثه بأداء ألف يحدث حصولها له فيملك مالم يكن مالكا له ، وتلك الألف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى (قوله ثم الأداء فى قوله إن أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف

الانتهاء ، كما فى الهبة بشرط العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز فى المشاع ، واشترط القبض فى المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويردّ بالعيب ، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذى أتى به بعض تلك الجملة ، فإذا ثبت الإجبار على قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة ، وهذه رواية الزيادات ، وقيل هو استحسان . وما ذكر فى مبسوط شيخ الإسلام أنه لايجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى ، وإنما يعتق بأداء الجميع ، فما لم يوجد أداء جميع المال لايثبت معنى الكتابة هو القياس ، إلا أنه بأداء البعض لايعتق ما لم يؤدّ الكل لعدم الشرط ، كما إذا حطّ البعض وأدى البعض الباقى ، لأن الشرط وجود الجميع ، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله ، وإذا حطّ الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا ، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ، ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق ، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التى أدّاها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدى من كسبه فيملك المولى مالم يكن فى ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك ، وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لايمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال إنسان وأداه (ثم الأداء فى قوله إن أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أنه لايقتصر عليه كما فى التعليق

(قوله وماذكر فى مبسوط شيخ الإسلام ، إلى قوله : هو القياس) أقول : فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الأخذ

بمنزلة متى (ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لإضافة الإيجاب إلى مابعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غدا بألف درهم ، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون

المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ فى عمل آخر ثم أدى لايعتق . وهذا لأنه تخيير محض . إذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت لأن إن للشرط فقط ، بخلاف إذا ومتى لدلالتهما عليه لايتوقف فنى أى وقت أدّى عتق . وعن أبى يوسف أن إن بمنزلة إذا ومتى . وقد يوجه بأن إن لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الأداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير فى أى وقت شاء . ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فإنما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الإيجاب حاضر متيقن فيتقيد به . ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لايمكن فلا يثبت مدلولا أصلا فإنما يثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد . لايقال : بالأداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالأداء . لأنانقول : يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البرّ فى حلفه لايلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالأداء .

[فرع] قال إن أدّيتما إلىّ ألفا فأنتما حرّان فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميع المال . وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الأجزاء على الأجزاء ، وإنما الانقسام فى المعاوضات ، ولذا لو أدّى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما ، فإن قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لأؤديها إليك عتقا ، لأن أداء الرسول كأداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما ، ولو أدّى عنهما أجنبى لايعتقان لأنه ليس أداءهما ولا ينتقل إليهما بخلاف الكتابة ، وللمؤدى أن يرجع على المولى لأنه أدّى ليعتقا ولم يحصل مقصوده ، فإن قال أؤديها إليك على أنهما حرّان أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد . أما المعتق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإعتاق منه لهما ، وأما حق الرجوع فلأن عوض العتق لايجب على الأجنبى ، ولو قال هما أمرانى أن أؤديها إليك فقبلها عتقا لأنه رسول عنهما (قوله و من قال أنت حرّ بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غدا بألف) فإن القبول محله الغد ، وهذا لأن جواب الإيجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول إنما

بسائر الشروط . وجه الظاهر ماذكره بقوله لأنه يخير العبد بين الأداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال أنت حرّ إن شئت . فإن قيل : قد تقدم أنه يصير مأذونا له فى التجارة فكيف يكون الأداء مقتصرا على المجلس ؟ أجيب بأن الإذن يكون فى صورة إذا أدّيت أو متى أديت ، فإن الأداء فيهما لايقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لاتنافى بينهما لجواز أن يكون مأذونا بالتجارة ، ويقتصر الأداء على المجلس ويتجر فيه ويؤدى المال قبل الافتراق بالأبدان (ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لأن هذا الكلام إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت ، وكل ماهو كذلك يقتضى أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الإيجاب (فصار كما إذا قال أنت حر غدا بألف درهم) لأنه إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى زمان والقبول متأخر إليه لئلا يقع قبل الإيجاب (بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون

به أولى ، ثم قوله وما ذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس (قوله أجيب بأن الإذن ، إلى قوله : لايقتصر على المجلس) أقول : الاقتصار على صورة إذا ومتى لايلائم ظاهر تقرير المصنف ، فإنه وضع المسألة فى إن حيث قال وذلك مثل أن يقول إن أديت الخ .

القبول إليه فى الحال لأن إيجاب التدبير فى الحال إلا أنه لايجب المال لقيام الرق . ،

يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا ما بعد الموت، ولو أمكنت إضافة فى البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع يتأخر إلى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك ، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه فى الحال لأنه إيجاب للتدبير فى الحال إلا أنه لايجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا، وإذا عتق بعد الموت لايلزمه شىء لأنه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده، وعلى هذا لافائدة فى تعليقه بالقبول إلا ليظهر اختيار التدبير من العبد . كما لو قال إن اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما إذا علق تدبيره بدخوله الدار . وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حرّ بعد موتى على ألف فينبغى أن يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال . أجيب بأن مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد لايمكن من الرجوع ، وفى الأيمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف إضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده . وفى النهاية إنما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى أنت مدبر على ألف لأنه قابل الألف فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى أنت حرّ بعد موتى على ألف لأنه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت، ولايخفى أن التدبير ليس معناه إلا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت فى كل من قوله أنت مدبر أو أنت حرّ بعد موتى بلا فرق ، بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو إنسان وحيوان ناطق ، ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الإضافة التى هى التدبير ، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق . واعلم أنه روى عن أبى حنيفة فى نوادر بشر بن الوليد: إذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه ، فإذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق ، فعلى هذا استوت المسئلتان فى أن القبول بعد الموت . وروى عن أبى يوسف فيها إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده ، وإن قبل كان مدبرا وعليه الألف إذا مات السيد . وعن أبى يوسف فى الإملاء، إذا قال إن متّ فأنت حرّ على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة ، فإذا قبل صح التدبير ، فإذا مات عتق ولا يلزمه المال لأنه لايلزمه وقت القبول لأنه لايعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق ، فسوى بين المسئلتين فى أن القبول حالة الحياة ، إلا أنه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال . وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد: لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ، ومعلوم أنه ذكر فى الجامع فى مسئلة أنت حرّ بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك ، وحينئذ فما قيل إنهم أجمعوا أنه لو قال أنت حرّ على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لايصح ، إذ يجب أن يجعل قول أبى يوسف فى قوله إذا مت فأنت حرّ على ألف أن القبول فى حالة

القبول إليه فى الحال لأن إيجاب التدبير فى الحال) على ماسيجىء فيكون القبول كذلك (إلا أنه لايجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) إذ التدبير يوجب حق الحرية لاحقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لايستوجب دينا على عبده ، بخلاف ما لو أعتقه على مال لأنه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحرّ والمولى قد يستوجب مالا على معتقه . فإن قيل : لما لم يجب المال فى المدبر على الألف ما الفائدة فى تعليق التدبير بالقبول ؟ أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وإن لم يجب المال .

قالوا : لايعتق عليه فى مسئلة الكتاب وإن قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق ، وهذا صحيح .

الحياة رواية فى أنت حرّ بعد موتى على ألف أن القبول فى حالة الحياة بل أولى لأن هناك الإيجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف . ثم لايخفى أن الأعدل هو لزوم المال على ماذكرناه عن أبى يوسف ومحمد ، لأن الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس إلاحصول المال عوضا عن العتق ، وإلا لقال إن اخترت التدبير فأنت مدبر ، وهذا لأن المولى مارضى بعتقه إلا ببدل ، وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه إذ المولى يستحق على عبده المال إذا كان بسبب العتق كما فى المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره ، على أن المروى عن أبى يوسف ومحمد فى المسئلة إنما هو استحقاق المال بعد الموت السيد وحينئذ يكون حرّا . فالحاصل تأخر وجوب المال إلى زمن حريته فلا يلزم ماذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده ، والله الموفق . وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لايعتق مالم يعتقه الورثة ، وزاد غيره : أو الوصى أو القاضى إن امتنعوا ، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى لايملكه إلا تنجيزا ، فلو قال : إن دخلت الدار فأنت حرّ فدخل لايعتق ، وإذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لأن عتقه يقع له ، ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لايعتق وعلله بأن الميت ليس أهلا للإعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره . واعترض بأن الأهلية ليست بشرط إلا عند الإضافة والتعليق ، ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت ، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت . وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة فى المحل وهو خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو فى ملك غيره ، ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال ، وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له ، وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه إن أراد المجيب أنه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر فى عدم الوقوع عند الشرط ، فصار الحاصل من الإيراد أنه علل بما لا أثر له . فأجاب المجيب بإبداء علة أخرى أو مانع وقال : هذا جواب هذا السؤال ، والصواب فى الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للإعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ، ومبنى السؤال على فهم أنه الموت . ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لإعتاقه لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة فصار أجنبيا عنه ، وإنما لزم خروجه إلى ملكهم لأنه لايعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت وإذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لايعتق إلا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حرّ بعد موتى بشهر فإنه

وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (لايعتق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى قوله أنت حرّ بعد موتى على ألف درهم (وإن قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث) أو الوصى أو القاضى (لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) فى ذلك الوقت . قال المصنف (وهذا) أى قولهم لأنه لايعتق مالم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه إيجاب مضاف إلى مابعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب وقد عدمت بالموت ، بخلاف التدبير فإنه إيجاب فى الحال والأهلية ثابتة والموت شرط والأهلية ليست بشرط عنده ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرّ فوجد الشرط وهو مجنون ، وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق إلا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت ، وفى مثل هذا لايعتق إلا باعتاق الوارث لانتقال العبد إلى ملك الوارث

قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : عليه قيمة خدمته أربع سنين)

لايعتق إلا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال : ينبغى أن يعتق حكما لكلام صدر من الأهل فى المحل وإن كان الميت ليس أهلا للإعتاق لما قلنا إن الكلام صدر فى حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الإيجاب معتبرا بعد الموت ، فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلايبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط أن يكون فى ملكه عند نزول العتق . ثم نفى الفائدة ممنوع فإن بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث ، فإن لم يفعل أعتقه القاضى ،ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لافائدة له . نعم يقال إذا كان العتق لابد منه فما السبب إلى نقله إلى مالكهم ثم أمرهم بالإعتاق إن كان بسبب أنه لا سائبة . فلو بقى فى ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ماهو من حوائجه وهو نفاذ إيجابه وصحته ؟ ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لأن القبول لايعتبر بعده بل يتقيد به . وما تقدم من نوادر بشر من قول أبى حنيفة ، فإذا مات المولى وقال قبلت أداء الألف عتق ظاهر فى عدم تأخر عتقه إلى عتق الوارث ، كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن فى المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال : ومن المتأخرين من قال ينبغى أن لايعتق مالم يعتقه الورثة لأن الإعتاق من الميت لايتصور ، ثم قال : وهذا أصح فإنه يفيد بعد ثبوت الخلاف ، ثم نقول العتق ماوقع إلا من الحىّ ، لأن العتق بقوله أنت حرّ المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وإن كان نزول أثره بعد موته إلا أنه يبقى عليه إشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما إذا قال أنت حرّ بعد موتى بشهر اعتبارا لحاجته إلى نفاذ إيجابه واعتباره ،وطول المدة وقصرها لا أثر له ، فإن الموجب حاجته إلى ماذكر وهى متحققة فيهما ، وسيأتى لبعضهم فرق فى الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أى على العبد (قيمته عند أبى حنيفة فى قوله الآخر وهو قول أبى يوسف ، وفى قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهى معلومة إذ هى خدمة البيت المعتادة فى مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها

قبل القبول كما لو قال أنت حرّ بعد موتى بشهر ، بخلاف المدبر لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث . فإن قيل : أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حرّ بعد موتى على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغى أن يكون الإيجاب فى مسئلة الكتاب فى الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه . أجيب بأن هذا يمين من جانب المولى حتى لايتمكن من الرجوع ، وفى الأيمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف إضافة الحرية إلى مابعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده ، وفى مسئلة الكتاب أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده . قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أى ومن قال لعبده أنت حرّ على أن تخدمنى أربع سنين (فقبل العبد عتق ، فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد وهو قول أبى حنيفة : الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين .

(قوله أجيب بأن هذا يمين الخ) أقول التدبير ليس بيمين على ماسيجىء من المصنف الإشارة إليه ، ويفصله الشارح فى الدرس الآتى .

أما العتق فلأنه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ، ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى ، وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة . ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد .

كما فى غيره من المعاوضات لأنه صلح عوضا لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ، ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ماعقد عليه تحقق الخلاف المذكور ، وهو بناء على الخلاف فى مسئلة أخرى وهى ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما ، وعند محمد بقيمة الجارية ، وكذا لوردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فكذا عندهما ، وعند محمد لايقدر على ردها بالعيب اليسير ، ووجه البناء ظاهر وإن ذكره فى الكتاب ، ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه ، بل الخلاف فيهما معا ابتدائى ، ولم يقل أحد إنه ترجع الورثة فى موت المولى بعين الخدمة . قيل لأن الناس يتفاوتون فى الاستخدام ، وقيل بل الخدمة هى المعتادة من خدمة البيت ، لكن لأن الخدمة منفعة وهى لاتورث . وجه قول محمد وهو قول الشافعى وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ، ولا يمكن الفسخ إذ العتق لايفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا ، وصار كما إذا تزوّج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم

أما العتق فلأن الخدمة فى مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق) وكل ماجعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لأنه الحكم فى الأعواض كلها ، وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال حيث قال تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ـ (فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ، ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى ، وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحقت (معروفة) فى طريقة الخلاف ، وذكر فى الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك . وجه قول محمد إن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق ، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها . ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لأنها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد ، لكن لايمكن تسليمه لأن العتق لايقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا فى المبنى . ولقائل أن يقول : هذا مناقض لما قال المصنف فى أوّل الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لايملك نفسه . والجواب أن الإعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا ، وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأى مال كان كما تقدم ، ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر إلى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية ، فإنه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على مانذكره . وأما المبنى عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق ، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق وقد عجز عن إيفاء البدل ، وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل . ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم

وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوّجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر) لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم عليّ ففعل لايلزمه شيء ويقع العتق على المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم عليّ ففعل حيث يجب الألف على الآمر، لأن اشتراط البدل على الأجنبي فى الطلاق جائز وفى العتاق لايجوز

عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا . وجه قولهما أنها بدل ماهو مال وهو العبد وإن كان لايملك نفسه ، كما إذا اشترى عبدا أقر بحريته لايملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالا فى مقابلة إخراجه مالا عن ملكه . نعم هنا ملاحظة أخرى وهى اعتبار ما أخذ فى مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق ، وهذا الاعتبار لاينفى الأمر الثابت فى نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض . فصار كما إذا باع عبدا بجارية ثم استحقت إنما يرجع بقيمة العبد ، بخلاف ماقيس عليه لأنه مبادلة مال بما ليس بمال ، ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لايضمنون الدية وقيمة البضع . ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا ، ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد ، وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس ، وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول ، فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه ، وعند محمد قيمة الخمر ، هذا فى المعاوضة . أما لو كان قال إن خدمتنى أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لايعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى ، وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ماتقدم ، وكذا لو قال إن خدمتنى وأولادى فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها) وفى بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على أن تزوجنيها وليس فى عامة النسخ ، وهى أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضا . فإذا عتق فإما أن تزوّجه أو لا ولا يلزمها تزوّجه لأنها ملكت نفسها بالعتق ، فإن لم تتزوّجه لايجب على الآمر شيء أصلا لأن حاصل كلامه أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها ، فلما لم تتزوّجه بطلت عنه حصة المهر منها ، وأما حصة العتق فباطلة إذ لايصح اشتراط بدل العتق على الأجنبى ، بخلاف الخلع لأن الأجنبى فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه ، بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوّة حكمية وهى ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج والتزوّج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوّض ، وإن تزوّجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب قيمتها سقط منه ، وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة أوكان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه ، وإن تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث . وقوله وقد قررناه من قبل : يعنى ماذكر فى خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبى صحيح ، لكنه

قيمته ، كما إذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد . وقوله (وكذا بموت المولى) يعنى أن موت المولى فى هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء . وقوله (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على) لم يذكر فى بعض النسخ عليّ اكتفاء بدلالة عليّ على الوجوب

وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة أداه الآمر ، وما أصاب المهر بطل عنه) لأنه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف ، وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ، ووجبت حصة ماسلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ، فلو زوّجت نفسها منه لم يذكره . وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الأول وهى للمولى فى الوجه الثانى ، وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين .

لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الأجنبى غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم) على أن تزوّجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل : أى أعتق قسمت الألف على قيمتها ، ومهر مثلها على مابيناه ، فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه : يعنى إن لم تكن زوّجت نفسها منه ، وإن زوّجت نفسها وجب لها عليه ، وإنما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لأنه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف فى الأصول والفروع ، لكنه ضم إلى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة ، وكان هذا

وذكر فى بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة . وقوله (وقد قررناه من قبل) يعنى فى الخلع فى مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة . والفرق أن الأجنبى فى باب الطلاق كالمرأة فى عدم ثبوت شىء لهما بالطلاق ، إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لاغير . فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبى ، بخلاف العتاق فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوّة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال فى مقابلة ذلك ، وليس الأجنبى كالعبد حيث لايثبت به له شىء أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز . وقوله (ولو قال أعتق أمتك عنى بألف درهم والمسألة بحالها) أى قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوّجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة أدّاه الآمر ، وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ماذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (على ماعرف) يعنى فى أصول الفقه وفيه شبهتان إحداهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ، ولأنه إدخال صفقة النكاح فى صفقة البيع والبيع الفاسد لايفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لايقع العتق إذ لاعتق فيما لايملكه ابن آدم ، والثانية أن البيع إذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة ، والقول بما يخصه من الثمن إنما هو موجب البيع الصحيح ، كما إذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح فى العبد بحصته من الثمن كما سيأتى . وأجاب الإمام شمس الأئمة السرخسى عن الأولى بأن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق ، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض ، وأدنى القبض يكفى فى البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ، والإمام فخر الإسلام عن الثانية بأن البيع مندرج فى الإعتاق ، فأخذ حكم الإعتاق فى عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن . وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعنى فى المسئلتين (لم يذكره محمد) فى الجامع الصغير ، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الأول وهو ما إذا لم يقل فيه عنى لعدم صحة الضمان وهى للمولى فى الوجه الذى قال فيه عنى ، وما أصاب مهر مثلها كان مهرا للأمة فى الوجهين .

(قوله وقوله وقد قررناه من قبل الخ) أقول: وقد سبق فى فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع إلى الشرح ، ولعل الأولى أن يحمل إشارة إلى ما ذكره فى الخلع وإلى ما ذكره فى ذلك الفصل ، فإنه بين صحة تحمل الأجنبى بدل الطلاق فى الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق فى الفصل فتأمل (قوله تصير قابضة نفسها الخ) أقول : فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وإن ضعف .

(باب التدبير)

كمن جمع بين عبده ومدبره فى البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما ، فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر فى البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ، ومنافع البضع وإن لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لأنها متقوّمة حال الدخول وإيراد العقد عليها . فإن قيل : إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ماليس بمال إلى ماهو مال فى صفقة واحدة ينبغى أن يفسد لأنه إدخال صفقة فى صفقة ، وإذا فسد وجب ، إما عدم وقوع العتق لأنه من جهة الآمر وهو لم يقبضها ، والمبيع فى البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك ، وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى ، وإن ضعف فيكتفى به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض فى البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا فى البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به . ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه فى كل صفقة فى صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات . وقول المصنف لم يذكره : يعنى محمدا فى الجامع الصغير ، وقوله فى الوجه الأول : يعنى الذى لم يذكر فيه لفظ عنى . والوجه الثانى هو ماذكر فيه ، وقوله فى الوجهين يعنى ما ذكر فيه عنى وما لم يذكر إذا زوّجت نفسها : وقد بيناه من قبل .

(باب التدبير)

لما فرغ من بيان العتق الواقع فى حال الحياة شرع فى بيان العتق الواقع بعد الموت ، ووجه الترتيب ظاهر ، وهذا أحسن مما قيل فيه إنه مقيد والمقيد مركب ، وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فإنها تقييد للعتق بشرط غير الموت ، كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها إلى ههنا ، ثم التدبير لغة النظر فى عواقب الأمور . وشرعا العتق الموقع بعد الموت فى المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى . وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فإنه مالك يدا . ولا معنى فى التحقيق لقولهم مالك يدا ، بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل إذ لاشك فى أنه مالك شرعا لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه ، وغاية الأمر أن بعض آثار الملك منتف وهو لايوجب نفى حقيقة الملك كملك الأمة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبى والمجنون . وفى المبسوط : فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كإعتاقهما ، ولو قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فكل مملوك أملكه حرّ فعتق فملك مملوكا عتق لأنه مخاطب له قول معتبر ، وقد أضاف العتق إلى مابعد حقيقة

(باب التدبير)

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة . والتدبير فى اللغة : هو النظر إلى عاقبة الأمر . وفى الشريعة هو إيجاب العتق الحاصل بعد موت الإنسان بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ مع موتى أو فى موتى ، وكقوله أوصيت لك بنفسك

(باب التدبير)

(إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ أوأنت حرّ عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لأن هذه الألفاظ صريح فى التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر

الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له . بخلاف مالو قال كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حرّ فعتق قبل ذلك فلك لايعتق عند أبى حنيفة ، وقالا : يعتق . وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو فى تدبير المالك أما الوكيل فلا . فى المبسوط : لو قال لصبى أومجنون دبرعبدى إن شئت فدبره جاز ، وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره فى العتق والطلاق . وإذ قد انجرّ الكلام إلى الوكالة فهذا فرغ منه . قال لرجلين دبرا عبدى فدبره أحدهما جاز ، ولو جعل أمره فى التدبير إليهما بأن قال جعلت أمره إليكما فى تدبيره فدبره أحدهما لايجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما ، بخلاف الأول لأنه جعلهما معبرين عنه ، وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ، ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك فى جعل الأمر إليهما ، كذا فى المبسوط (قوله إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ أوأنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لأن هذه الألفاظ صريح فى التدبير ، فإنه أى التدبير إثبات العتق عن دبر . وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد إثباته عن دبر كذلك فهو صريح . وهو ثلاثة أقسام : الأول مايكون بلفظ إضافة كبعض ماذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى . والثانى مايكون بلفظ التعليق كإن متّ أو إذا متّ أو متى متّ أو حدث بى حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث فى الموت . وكذا أنت حرّ مع موتى أو فى موتى فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفى تستعار فى معنى حرف الشرط ، وروى هشام عن محمد إذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا فى الحال لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حرّ بعد موتى سواء . وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتى . والثالث مايكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أوبنفسك أو بعتقك ، وكذا إذا قال أوصيت لك بثلث مالى فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته . وفى الكافى : أنت حرّ أومدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا ، والمراد باليوم الوقت لأنه قرن به مالا يمتد ، ولو نوى النهار فقط لايكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا . يعنى فيجوز بيعه ، فإن لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر ، وإنما كانت صرائح لأنها استعملت فى الشرع ، كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد « فهى معتقة عن دبر منه » ذكره فى المبسوط ، ثم توورثت بلا شبهة فى هذا المعنى . ولو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فليس بمدبر مطلق لأنه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا ، فإن مات المولى قبل فلان لم يعتق لأن الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم أن يبيعوه ، وإن مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لزفر لأنه كما لو قال إذا كلمت فلانا فأنت حرّ بعد موتى فكلمه أو قال أنت حرّ بعد كلامك فلانا أو بعد موتى فإذا كلم فلانا صار مدبرا . ولو قال بعد موتى إن شئت ينوى فيه ، فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حرّ بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا ، وإن نوى المشيئة بعد الموت فإذا مات

أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالى . وحكم التدبير أنه لايجوز إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما فى الكتابة ،

(قال المصنف : لأن هذه الألفاظ صريح) أقول : يعنى غير الأول أو غلب الصريح على غيره .

(ثم لايجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية) كما فى الكتابة .

المولى فشاء العبد عند موته فهو حرّ بوجود الشرط لا باعتبار التدبير . وكان الشيخ أبوبكر الرازى يقول : الصحيح أنه لايعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده إلا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها ، كما لو قال أعتقوه بعد موتى إن شاء وهو نظير مالو قال أنت حرّ بعد موتى بشهر فإنه لايعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر ، نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم . وفى الإسبيجابى : إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أوالوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا ، والوصى لايملكه إلا تنجيزا ، ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة ، والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لايلزم العبد توقفه عليه ، بل إن شاء رفع إلى القاضى لينجز عتقه ، ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته فى حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهذا اللفظ . وعن أبى يوسف : لايتوقف به لأنه فى معنى الوصية ولا يشترط فى الوصية القبول فى المجلس . وفى الأصل : لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لأنه ماعلقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده ، فإن مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة ، وهذا يؤيد ماذكر أبو بكر الرازى ، ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الأولى فقال : إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق مالم يعتقوه ، وأما فى مسئلة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرّر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى ، ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث ، وهذا إن تم أشكل على ما تقدم فى مسئلة أنت حرّ بعد موتى بألف ، فإن زمن القبول كزمن المشيئة ، فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته . لايقال : ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شرعا ، وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وإن كان كذلك لكنه متوقع . وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أسهل من رفعه ، ثم إدخاله فى ملك شخص ثم إخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته . ثم لاشك أن هذه المسئلة أقرب لأن العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى . لأنا نقول : لو صح ذلك لزم فى أنت حرّ بعد موتى بيوم عدم توقفه ، بل أولى لأن مجىء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لايعتق إلا بإعتاقهم (قوله ثم لايجوز بيعه) أى المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال ، وما سواه من التصرفات التى لاتبطل حقه فى الحرية يجوز ، فيجوز استخدامه وإجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها ، وعلله المصنف فيما يأتى بقوله لأن الملك فيه ثابت ، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات ، وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ، ولا مالية للمدبر كأم الولد ، وليس على المولى فى جنايات المدبر إلا قيمة واحدة لأنه مامنع إلا رقبة واحدة ، وأما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه ، وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة

. . . .

وقال الشافعي : يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولأن التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « المدبر لايباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » ولأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ؛

للأرش ، وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لأنه مملوك بعد التدبير . واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما إذا قال كل مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فإنهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد . ثم إنه لو باع الذين اشتراهم صح ، ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت . أجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم تعتبر يوم الموت ، وبالنسبة إلى الموجود عند الإيجاب ، حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لأنها تناولتهم بعينهم فتبطل بموت أحدهم حصته . ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للإثنين لأن الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعى : يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى . أما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر « أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه إليه » . وفى لفظ « أعتق رجل من الأنصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال : اقض دينك وأنفق على عيالك » ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة . وروى أبوحنيفة بسنده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر » وفى موطإ مالك بسنده إلى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل فذكروا له مرضها فقال : إنكم تخبرونى عن امرأة مطبوبة ، قال : فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت ؟ قالت : أردت أن تموتى حتى أعتق ، قالت : فإن لله على أن تباعى من أشد العرب ملكة ، فباعتها وأمرت بثمنها فجعل فى مثلها » ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين . والجواب أنه لاشك أن الحر كان يباع فى ابتداء الإسلام على ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه . ثم نسخ ذلك بقوله تعالى - وإن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة - » ذكره فى الناسخ والمنسوخ ، فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ ، وإنما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من

فإذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه (وقال الشافعى : يجوز بيعه وهبته لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات) من دخول الدار ومجىء رأس الشهر وغيرهما (وكما فى المدبر المقيد) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولأن التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لاتمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لإنسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « المدبر لايباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » رواه نافع عن ابن عمر (ولأنه) أى التدبير (سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم إما أن يكون سببا فى الحال أو بعد الموت لاجائز أن يكون بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه ، ولأنه فى الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لايبقى فتعين أن يكون سببا فى الحال : واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض

(قال المصنف : وكما فى المدبر المقيد) أقول : سيجىء جوابه بعد اثنى عشر سطرا تخمينا (قوله ثم إما أن يكون الخ) أقول : غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم .

ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت . ولأن مابعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية . بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود ، وأنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق .

جواز بيعه قبل التدبير . إذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ، ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضى الله عنهما « لايباع المدبر ولا يوهب وهو حرّ من ثلث المال » وقد رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه . وأخرج الدارقطنى أيضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال « المدبر من الثلث » وضعف ابن ظبيان . والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه ، فعلى تقدير الرفع لاإشكال ، وعلى تقدير الوقف فقول الصحابى حينئذ لايعارضه النص البتة لأنه واقعة حال لاعموم لها ، وإنما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر . فإن قلنا بوجوب تقليده فظاهر ، وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لأن منع

لما ذكر فى آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال : وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت . وأقول قوله (ثم جعله سببا فى الحال أولى) يدل على أن جعله سببا فى الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين ، فيحمل ماذكره هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ماذهب إليه الأصحاب أولى . فإن قيل : فى التدبير تعليق ، وليس فى التعليق شىء من السبب ثابتا فى الحال ، وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعى كما فى سائر التعليقات ؟ أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط . واعلم أن فى كلام المصنف غموضا لاينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها ، فنقول : المانع هو ما ينتفى به الشىء مع قيام مقتضيه ، وكل ما ينافى اللازم ينافى الملزوم ، وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضى أن تكون سائر التعليقات أسبابا فى الحال لكن المانع عن السببية فى الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم ، فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط ، وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذى هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذى هو الحكم وهو وقوع الطلاق ، وإليه أشار بقوله وإنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق ، وما كان مانعا للحكم لايمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق . فإن قلت : قد يكون اليمين يعقد للحمل كما فى قول الرجل إن لم تدخل الدار فأنت طالق . وقد نص فى الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال : والمنع هو المقصود وإنه يقتضى الحصر عند البلغاء ؟ قلت : لايقصد باليمين إلا منع الشرط ، والشرط فيما ذكرتم هو النفى والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل . فإن قلت : التدبير يمين أو ليس بيمين ، فإن كان يمينا وجب أن لايكون سببا لقيام المانع على ما قررتم ، وإن لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقى .

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول : أنت خبير بأن المعتبر ماساق إليه الدليل لادلالة اللفظ ، والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الأولوية على الوجوب ، ألا يرى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية ، ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل ، فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعد تمام ما قرره فى الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه مالا يخفى (قوله إذ السائر بمعنى الباقى) أقول : ولك أن تقول فى باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهرى .

وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ، ولأنه وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة وإبطال السبب لايجوز ، وفى البيع وما يضاهيه ذلك . قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن

بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما فى أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ماقيل حديث ابن عمر رضى الله عنه لايصلح لمعارضة حديث جابر . وأيضا ثبت عن أبى جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر فى الذى أعتقه مولاه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث . فقال أبو جعفر : شهدت الحديث عن جابر « إنما أذن فى بيع خدمته » رواه الدارقطنى عن عبد الغفار بن القاسم الكوفى عن

قلت : ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن ، واستقامة إطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة إن لم يكن اليمين أخص من التعليق . ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب فى الحال . والجواب أنه إضافة لاتعليق . وقوله (وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط) لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات . ووجهه أن التدبير لايمكن فيه تأخير السببية إلى مابعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ . وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا . واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم . والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم فى صورة المجنون . وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط . وقوله (ولأنه وصية والوصية خلافة فى الحال) فرق آخر بينهما . وتقريره : التدبير المطلق وصية ، والوصية سبب الخلافة فى الحال لأن الموصى يجعل الموصى له خلفا فى بعض ماله بعد موته كالوراثة فإنها سبب خلافة فى الحال . واعترض بأنه لوكان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لاتجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها ، ولجاز البيع لأن الموصى يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الأمر كذلك . والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك . ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا إنما يصح فى موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه إعتاقا لايقبل ذلك . وقوله (وإبطال السبب لايجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين ، هكذا التدبير سبب الحرية ، وسبب الحرية لايجوز إبطاله ، وفى البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أى إبطال سبب الحرية فلا يجوز . قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لايثبت الحرية فى الحال وإنما

(قوله والجواب أنه إضافة لاتعليق) أقول : وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى أو إذا مت . وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان فى حكم المعلق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية . بقى الكلام فى أنه لم لايكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أولى على مادل عليه الدليل الأول (قوله فرق آخر بين التدبير الخ) أقول : صرح فى كتب الأصول فى مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الإضافات أسباب فى الحال فينتقض الدليل بها (قوله والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه إعتاقا لايقبل ذلك) أقول : فيه ما لايخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع ، فإن التدبير ليس إعتاقا فى الحال ، وكونه إعتاقا فى المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أولا هو محل النزاع .

كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

أبي جعفر . وقال : أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل . وقال ابن القطان : هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العزرمي وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى . فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضرّ لكن الحق عدمه وإن كان متشيعا ، فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام بن على زين العابدين بأنه شهد حديث جابر ، وأنه إنما أذن في بيع منافعه ، ولا يمكن لثقة إمام ذلك إلا لعلمه بذلك من جابر راوى الحديث . وقال ابن العز : قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد ، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل ، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى فى تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله ، والنص مطلق فيجب العمل به إلا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه ، وأنت إذا علمت أن الحرّ كان يباع للدين ثم نسخ ، وأن قوله فى الحديث باع مدبرا ليس إلا حكاية الراوى فعلا جزئيا لاعموم لها ، وأن قوله أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق ، والمقيد إذ يصدق على الذى دبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه ، وأنّ ما عن ابن عمر موقوف صحيح ، وحديث أبي جعفر مرسل تابعى ثقة ، وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف عامت قطعا أن المرسل حجة وجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر إن لم يصح رفعه يعضده . ولا يعارضه المروى عن عائشة رضى الله عنها بالجواز كون تدبيرها كان مقيدا ، ولأنه أيضا واقعة حال لاعموم لها ، فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضى الله عنهما محل النزاع البتة ، فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحاماه أو غلطه . وأما المعنى الذى أبطل به الشافعى منع بيعه ، فما ذكر فى الكتاب من قوله لأنه تعليق العتق بالشرط ، وبه لايمتنع البيع كما فى سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت ، وكذا إن اعتبر جهة كونه وصية ، فإن الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز ، فظهر أنه على اعتبار شبهى التعليق والوصية لايمتنع بيعه ، وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا : أى إعمال الشبهين يدور الفقه . وجوابه ماذكر المصنف بقوله ولأنه سبب الحرية لأنها تثبت بعد الموت ، ولا ثبوت إلا بسبب ولا سبب غيره : أى غير قوله أنت حرّ المعلق فى إذا متّ أو المضاف فى بعد موتى ، فإما أن يجعل سببا فى الحال أو بعد الموت ، وجعله سببا فى الحال أولى لأنه حال وجوده ، بخلاف ما بعد الموت فإنه معدوم إنما له ثبوت حكمى ، فإضافة السببية إليه حال وجوده أولى ، فهذا وجه أولوية السببية فى الحال . ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولأن مابعد الموت حال الخ : يعنى لابد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الأهلية لهما والموت يبطلها ، بخلاف الجنون لأن المجنون أهل لثبوت ملكه كما إذا مات مورّثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيئا فإنه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ، ولو ارتدّ أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته ، فلذا لم تشترط الأهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لأن ذلك شرط لابتداء التصرف لالمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك ، بخلاف الموت فإنه سالب لأهلية الأمرين ، فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال وإلا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ، ولأن سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لأنها أيمان واليمين فى مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل ، فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو

يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ، ولهذا لو قال كل مملوك لى فهو حرّ دخل فيه المدبر ، وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره ، وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوّجها لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

(فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا ، ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث ، حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه ، وإن كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى

المقصد فيها لأنها تعقد للبرّ وأنه يضاد وقوعها ،ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير ، فلزم من كلامه أن التعليق منه ماليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ، ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن فى التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال ، وإذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما إذا قال إذا جاء غد فأنت حرّ فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لامنعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لايجوز بيعه قبل الغد وهو منتف ، وهذا الإشكال لايندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لامحالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجىء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما ، أما قبل ذلك فليس بصحيح . والجواب بأن الكلام فى فى الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد ، على أن كون التعليق بمثل مجىء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح . وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة . ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية ، وهذا وارد على عبارته إلا بعناية ، وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة : أى الوصية المذكورة وهى الوصية برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها . ويفرق بين قوله إذا متّ فأنت حرّ وأنت حرّ بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى ، فإن الأوّل استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه . وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه ، وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لاتكون كذلك وجاز بيعه ، وهذا عين المتنازع فيه فإن الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء ، ولا مخلص إلا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك ، وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف، وكون ذلك فى الشرع يقتضى ماذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع ، فالحق أن الاستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ، ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك (قوله فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أوّل الباب ،ولأن التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ، ولوكان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لأن الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية ، ولايمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مدبر)فيعتق بموت سيد أمه

(فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام « وهو حرّ من الثلث » (ولأن التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت) ولا نعنى بالوصية إلا ذلك ، والحكم يعنى العتق غير ثابت فى الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا ، وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثى رقبته ، وإن كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لايمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته . وقوله (وولد المدبرة مدبر) هذه هى النسخة

ذلك نقل إجماع الصحابة رضى الله عنهم

والمراد ولد المدبرة المطلق ، أما ولد المدبرة تدبيرا مقيد فلا يكون مدبرا ؛ هذا هو الصحيح من النسخ ، وفى بعضها : ولد المدبر مدبر . وليس بصحيح لأن الولد يتبع أمه لا أباه ، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا ، أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا عبدا مدبرا أولا ، ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير . أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها ، أما الذى كان حملا فبالإجماع كما لو أعتقها وهى حامل ، وأما الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعى فيه قولان : قال المصنف : : وعلى هذا إجماع الصحابة : يعنى الإجماع السكوتى . فإنه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ، ولا يخفى أن سريان التدبير إلى الولد على خلاف القياس بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعى . ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لأنها تدعى حق العتق لولدها ، ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لإثباتها زيادة حق العتق . واعلم أنه إذا حلف المولى يحلف على العلم لأنه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ، ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير . واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده . فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبرا وإلا لا ، ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ، ولو دبر أحدهما ما فى بطنها بأن قال ما فى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما لأنه كان موجودا حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه ، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من الأول ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبرا للذى دبر الأم لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجزء ، وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذى دبر الأم ، وأما الأم فنصفها مدبر للذى دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها إن كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الأم بضمان والولد المدبر بلا ضمان ، لأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ، ألا يرى أنها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا فى الزيادة المنفصلة ، ولأنها صارت فى حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها ، وإذا دبر ما فى بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها . وذكر فى كتاب الهبة من الأصل : إذا أعتق ما فى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة ، بخلاف ما لو باعها . وقيل فى المسئلة روايتان ، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما فى البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه ، ولو أعتقه جاز هبتها لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما

الصحيحة ، ووقع فى بعض النسخ وولد المدبر مدبر ، وليس بصحيح لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لمولاها ، والثانى يتبع الأم فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب : وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وخوصم إلى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع ، وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع ، وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن متّ من مرضى هذا أو سفرى هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لأن السبب لم ينعقد فى الحال لتردد فى تلك الصفة . بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة (فإن مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث .

فى البطن ، فلو وهب الأم فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وساعها . ولو دبر ما فى بطنها فولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر بيوم فهما مدبران لأنهما توءمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير فى البطن ، ولو دبر ما فى بطنها ثم كاتبها جاز ، وإن وضعت بعد هذا لأقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا لكنه يدخل فى الكتابة أيضا تبعا للأم ، فإذا أدّت عتقا جميعا ، وإن مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير . وإن ماتت الأم قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الأم لأنه دخل فى الكتابة ، فإن مات المولى فالولد بالخيار فى اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيختار الأنفع له ، وإن كان خرج من الثلث عتق ولا شىء عليه لأن مقصوده حصل . ولو قال لأمته ولدك الذى فى بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وإن علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول إن مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم تنعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفة هل تقع أولا ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة . ثم إن مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعنى من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير له فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لايجوز بيعه بل لايمكن . فأما ماقبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه ، وإن برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذى علق به قد انعدم . واستشكل بما إذا قال أنت حرّ قبل موتى بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضى الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه . أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد ، وأنه لايثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا . ولو قال إذا متّ أو قتلت فأنت حرّ على قول

وقوله (فإن علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضى أو سفرى أو مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة . وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين ، وقد عرفت أن صفة كونه يمينا يمنع عن السببية ، وأما إذا كان أمرا كائنا لامحالة لم يكن فى معنى اليمين فكان سببا . فإن قيل : إذا لم ينعقد السبب فى الحال فنى أى وقت ينعقد إذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب ، وإن انعقد قبله كيف يجوز بيعه ؟ فالجواب أنه موقوف ، فإن مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لأنه يثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ ، وإن عاش بطل التدبير

ومن المقيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لايعيش إليه فى الغالب لأنه كالكائن لامحالة .

زفر هو مدبرٌ لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أىّ وجه كان . وعلى قول أبى يوسف ليس مدبرا لأنه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل ، والقتل وإن كان موتا فالموت ليس بقتل ، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة فى أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه . وقول زفر أحسن لأن التعليق فى المعنى بمطلق موته لأنه لاتردد فى كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو فى المعنى مطلق الموت كيفما كان . وروى الحسن عن أبى حنيفة : إذا قال إذا متّ وغسلت فأنت حرّ لايكون مدبرا لأنه علقه بالموت وشىء آخر بعده ، ثم إذا مات ففى القياس لايعتق وإن غسل مالم يعتقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله إن مت ودخلت الدار فأنت حرّ . وفى الاستحسان يعتق لأنه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة ، فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لايتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه ، كذا فى المبسوط (قوله ومن المقيد) أى ومن التدبير المقيد (أن يقول إن متّ إلى سنة أو إلى عشر سنين) فأنت حرّ ، فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا ، وإن مات المولى بعد السنة أو العشرُ لم يعتق ، ومقتضى الوجه كونه لو مات فى رأس السنة يعتق لأن الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه تنجيز عتقه [1] فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتى بشهر أو بيوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق . قلنا : لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لامحالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبى حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضى الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لايعيش إليها فى الغالب لأنه كالكائن لامحالة) فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ، وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة . وقال قاضيخان : على قول أصحابنا مدبر مقيد ، وكذا ذكره فى الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين ، وعلى قول الحسن ذكر مالا يعيش إليه غالبا تأبيد معنى ، وهو كالخلاف فى النكاح الموقت لو سميا مدة لايعيشان إليها غالبا صح النكاح عند الحسن لأنه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح ، والمصنف كالمناقض فإنه فى النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير .

[فروع] كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن

(ومن المقيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعنى قوله لتردد فى تلك الصفات (بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ، ومثله لايعيش إليه فى الغالب لأنه كالكائن لامحالة) وهذا الذى ذكره رواية الحسن عن أبى حنيفة فى المنتقى ، وذكر الفقيه أبو الليث فى نوازله : لو أن رجلا قال لعبده أنت حرّ إن متّ إلى مائتى سنة . قال أبو يوسف : هذا مدبر مقيد ، وله أن يبيعه . وقال الحسن : هو مدبر لايجوز بيعه لأنه علم أنه لايعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال إن متّ فأنت حرّ ، ثم لو مات قبل السنة فى الأول أو قبل عشر سنين فى الثانى عتق ، ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط فى المدبر المقيد ، والله أعلم .

---

(١) (قول الكمال لأنه تنجيز عتقه) لأنه أى الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا ، كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى .

أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير ، فإن لم يكن له مال غيره فإنه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : سقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء بالكل ، وقياسا على ما لو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير ، فكذا إذا سبق التدبير الكتابة . ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة ، لأنه لو أدى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء ، ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد . ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه . ولهما طريقان : أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته ، وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك ، فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بألف كانت الألف كلها بإزاء الطلقة الثالثة . ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة . فأما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله ، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه ، بخلاف ما لو كاتبه أولا لأن بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقا لشيء من رقبته عند الكتابة ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة . والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين ، والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر ، كما لو أوصى بعبد لإنسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي ، وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع ، بخلاف ما لو كاتبه أولا ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشيئين ، إما بدل الكتابة إن أدى ، أو مال رقبته إن عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة . إذا عرف هذا فتخرج المسألة على قول أبي حنيفة فيما إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة ، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لأن عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء . وعند أبي يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه إلا أقل المالين ، وعند محمد : يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه ولا يتخير لأنه عتق كله كما ذكر أبو يوسف . ولو كاتبه ثم دبره ، فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة ، وعندهما يسعى في أقلهما عينا . ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها ، فإن كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشيء لأنه ما أدى عنه شيئا إنما أدى عن الأم ، فإن بدل الكتابة عليها ، ولأن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الأم . ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه ، وإنما يسعى لتحصيل العتق لأبيه ولنفسه ، ولا يحصل العتق لأبيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة ، فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة .

(باب الاستيلاد)

(وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لايجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ،

(باب الاستيلاد)

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد فى استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ، ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث أن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدّمه عليه . والاستيلاد مصدر استولد : أى طلب الولد ، وهو عام أريد به خصوص ، وهو طلب ولد أمته : أى استلحاقه : أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الأم ، وأصله استولاد ، ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا ، وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب . وفى عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الأمة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له) يعنى إذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ، فنى العبارة قصور ، وذلك لأنه لايريد أنها إذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوى بل بالاصطلاح الفقهى ، ولذا رتب عليه الأحكام المذكورة حيث قال : لايجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها ، بل إذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو

(باب الاستيلاد)

لما فرغ من بيان التدبير شرع فى بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لاحقيقتها . والاستيلاد : طلب الولد ، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة (إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لايجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (« أعتقها ولدها » أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه » فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثانى . ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لايوجبه . لأنا نقول : الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير ، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها .

(باب الاستيلاد)

(قوله الاستيلاد طلب الولد) أقول : يعنى طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة) أقول : وإلا فأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ، ثم قوله كالصغيرة يعنى كاستعمال الصغيرة فى الذنوب (قوله وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها) أقول : الضمير فى قوله فرفعتها راجع إلى قوله محلية فى قوله لايقال محلية البيع الخ .

. . . .

كان السيد مديونا مستغرقا ، وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ، إلا من لايعتدّ به كبشر المريسى وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها ، واحتجوا بحديث جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا» رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط مسلم . وأخرج النسائى عن زيد العمى إلى أبى سعيد الخدرى : «كنا نبيعهن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم» صححه الحاكم وأعله العقيلى بزيد العمى ، وقال النسائى : زيد العمى ليس بالقوى ، ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلىّ وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضى الله عنهم ، لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس : تعتق من نصيب ولدها ، ذكره ابن قدامة ، فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الأولى عنهما . واستدل بعضهم للجمهور بما فى حديث أبى داود من طريق محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس عيلان . وذكر البيهقى أنه أحسن شىء روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا قالت « قدم بى عمى فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك ، فقالت امرأته : الآن والله تباعين فى دينه ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يارسول الله إنى امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بى عمى المدينة فى الجاهلية فباعنى من الحباب ابن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لى امرأته الآن والله تباعين فى دينه ، فقال عليه الصلاة والسلام : من ولى الحباب ؟ قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو ، فبعث إليه فقال : أعتقوها ، فإذا سمعتم برقيق قدم علىّ فأتونى أعوّضكم ، قالت : فأعتقونى وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم منى غلاما » ولا يخفى أن هذا لايدل على أنها تعتق بمجرد موته ، بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام ، بل يفيد أنها لاتعتق وإلا لبين الحكم الشرعى فى ذلك من أنها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم . نعم يحتمل أن يراد بأعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقى ، وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل أفضل الصلاة والسلام ، لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار إلى هذا إلا بدليل من خارج يوجبه ويعينه ، فمن ذلك ماذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : يعنى فى مارية القبطية رضى الله عنها « أعتقها ولدها » وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال : « ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أعتقها ولدها » وطريقه معلول بأبى بكر بن عبد الله بن أبى سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبدالله بن عباس ، وبسند ابن ماجه رواه ابن عدى فى الكامل لكن أعله بابن أبى سبرة فقط ، فإنه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه . وأخرج ابن ماجه أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة بعد موته » ورواه الحاكم فى المستدرك وقال صحيح الإسناد ، وهذا توثيق لحسين بن عبد الله . ورواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده : حدثنا زهير ، حدثنا إسماعيل بن أبى أويس ، حدثنا أبى عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال : «أيما أمة ولدت من سيدها فإنها

. . . .

حرّة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته » ورواه أحمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم : « أيما رجل ولدت منه أمته فهى معتقة عن دبر منه » والطرق كثيرة فى هذا المعنى ولذا قال الأصحاب إنه مشهور تلقته الأمة بالقبول ، وإذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال فى كتابه : وقد روى بإسناد جيد ، قال قاسم بن أصبغ فى كتابه : حدثنا محمد بن وضاح ، حدثنا مصعب بن سعد[1] أبو خيثمة المصيصى : حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقى عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال « لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال صلى الله عليه وسلم : أعتقها ولدها » ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البرّ فى التمهيد ، ومما يدل على صحة حديث « أعتقها ولدها » ما قال الخطابى ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال « إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة » فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة . وعنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن التفريق بين الأولاد والأمهات » وفى بيعهن تفريق . وإذا ثبت قوله « أعتقها الخ » وهو متأخر إلى الموت إجماعا وجب تأويله على مجاز الأول ، فيثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها . وروى الدارقطنى عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد فقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ، يستمتع بها سيدها ما دام حيا ، فإذا مات فهى حرة » ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار ، وأعله ابن عدى بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدينى وأسند تضعيفه عن النسائى وغيره ، ولينه هو وقال : يكتب حديثه ، ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبرى : حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه ، وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا ، قال ابن القطان : هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملى[2] وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر . واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد ، وهو ثقة وهو الذى رفعه . وقال عنه يحيى بن إسحاق وفليح بن سليمان عن عمر : لم يتجاوزوه ، وكلهم ثقات ، وهذا كله عند الدارقطنى ، وعندى أن الذى أسنده خير ممن وقفه . وأخرج مالك فى الموطإ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال : « أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فإذا مات فهى حرّة » وهكذا رواه سفيان الثورى وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا . وأخرج الدارقطنى من حديث عبد الرحمن الإفريقى عن سعيد بن المسيب « أن عمر أعتق أمهات الأولاد وقال : أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم » والإفريقى وإن كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ، ولا شك فى ثبوت وقفه على عمر . وذكر محمد فى الأصل حديث سعيد بن المسيب قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال لا يبعن فى دين » وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد إجماع الصحابة على عدم بيعهن ، فهذا يوجب أحد الأمرين : إما أن ما كان من بيع أمهات الأولاد فى زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه

(١) (سعد) هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها : أسعد بألف ، وليحرر اه مصححه .

(٢) (القسملى) هكذا فى بعض النسخ ، ومثله فى خلاصة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة ، وما وقع فى بعض النسخ من السلمى تحريف فليحذر ، كتبه مصححه .

ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لايمكن الميز بينهما على ماعرف فى حرمة المصاهرة ، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لاحقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا إلى ما بعد الموت ،

وإن كان مثل قول الراوى : كنا نفعل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا ، فإذا قام دليل فى خصوص منه على عدمه وجب اعتباره . وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لأبى بكر رضى الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعى الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر : كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها » وأياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن . هذا إذا قصرنا النظر على الموقوف ، فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك . ومما يدل على ثبوت ذلك الإجماع ما أسنده عبد الرزاق : أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال : سمعت عليا يقول : اجتمع رأيى ورأى عمر فى أمهات الأولاد أن لايبعن ، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له : فرأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك فى الفرقة فضحك على . واعلم أن رجوع على رضى الله عنه يقتضى أنه يرى اشتراطا انقراض العصر فى تقرر الإجماع والمرجح خلافه . وسئل داود عن بيع أم الولد فقال : يجوز لأنا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك . إذ الأصل فى كل ثابت دوامه واستمراره . وكان أبو سعيد البردعى حاضرا فعارضه فقال : قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها ، والأصل فى كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول : الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر فى بطنها وزال بانفصاله فعاد ماكان فيبقى إلى أن يثبت المزيل (قوله ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد ، فإن الماءين) اللذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزؤهما بحيث لاتمييز ، وهذه الجزئية وإن زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لأن تلك الجزئية أوجبت نسبتها إليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقى أثرها شرعا ، وإليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال : اشترى ابنى أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال : أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ؟ إلا أن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكما مؤجلا إلى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة

(ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لايمكن التميز بينهما على ماعرف فى حرمة المصاهرة) وهى تمنع بيعها وهبتها لأن بيع جزء الحر وهبته حرام . فإن قيل : لوكانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لأن الجزئية توجبه ولسنا بقائلين به . أجاب بقوله (إلا أن بعد الانفصال) يعنى أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال ، وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا إلى مابعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول فى إثبات الحكم المؤجل إلى مابعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها فى الحال لثبوت حق الحرية فيها . فإن قيل : لوكانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التى

(قوله ولأن الجزئية) أقول : عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله إلا أن بعد الانفصال : يعنى أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال) أقول : إذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ بإقراره ، وعندى معنى كلام المصنف غير ماذكره الشارح

وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال . فكذا الحرية تثبت فى حقهم لافى حقهن ، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذى ملكته بموتها ، وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية فى الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته ، وكذا إذا كان بعضها مملوكا له لأن الاستيلاد لايتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله .

لو ملكت زوجها العبد بعد ماولدت له أنه يعتق بموتها لأن النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الأم والأب قسط منها . أجاب المصنف بقوله إن بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال إنما هو باعتبار النسب لأنه لم يبق بعد الانفصال سواه ، والنسب إلى الرجال : أى إلى الآباء لا إلى الأمهات (فكذا الحرية) التى تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء فى حق الرجال لأن النسب إليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس إذ ليس النسب إليهن ، فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الأمومة بدونه ، فلوولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لاتكون أم ولد له فلاتعتق بموته . وأورد عليه ماذكره فى دعوى الأصل : أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لايكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لايملكها واحد منهما فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب . أجيب بأنه قد ثبت النسب فى الجملة ، فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب . والحق أن ثبوت الأمومة فى نفس الأمر لايكون إلا تابعا لثبوت النسب ، وأما ثبوته ظاهرا فى القضاء فيكل من ثبوت نسب الولد والإقرار به وإن لم يثبت لما سيجىء فيما إذا ادعى ولد أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعنى قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ، ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها فى الحال حق العتق فيمتنع بيعها وإخراجها إلا إلى الحرية . ولقائل أن يقول : ثبوت العتق المؤجل إلى أجل معلوم ثابت فى قوله إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله ، ولم يلزم من ثبوت العتق إلى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الأجل . فالحق أن استحقاقها فى الحال للعتق عند الموت ليس إلا حكم النص ، حيث صرح النص بأنهن لايبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار إليها عمر رضى الله عنه (قوله وكذا إذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره) بأن كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولد له ، فهذان حكمان وقع التشبيه فى أحدهما وهو أمومة الولد لأنه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهوقوله (لأن الاستيلاد لايتجزأ) أى فيما يمكن نقل الملك فيه وهى القنة فتصيركلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له ، بخلاف ما إذا وقع فيما

ولدت منه بعد موتها وليس كذلك . أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب ، والأصل فى ثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه والأم أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت فى حقهم لافى حقهن) . وقوله (وكذا إذا كان بعضها مملوكا له) يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاد لايتجزأ لأنه فرع مالا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله . فإن قيل : فقد ذكر فى باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه ؟

قال (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

لايقبل النقل كالمدبرة فإنه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم فى باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لايتجزأ : أى لايكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد إلا لضرورة لأنه مبنى على ثبوت النسب وهو لايتجزأ . وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف إنه يتجزأ فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره إلا فيما إذا استولد نصيبه من مدبرة ، وأما تعليل ثبوت النسب فإنما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد (قوله وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها لأن الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الأمور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك إجارتها كبيعها وهو بعيد ، وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لاغير وهو منتف فى الإجارة ويملك كسبها وله إعتاقها وكتابتها . وأورد: ينبغى أن لايملك تزويجها لأن توهم شغل رحمها بماء المولى قائم ، وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة ، غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لأم الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى أن لايصح قبله . وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك ، بخلاف المعتدة فإنها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود إلا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدالّ على الفراغ حقيقة فلا تزوّج قبله . ولقائل أن يقول : إذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة وجب أن لايزوجها إلابعد استبرائها ، والمذهب جوازه قبل الاستبراء وإنما هو بعده أفضل . واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال : وإن زوّج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة ، فلو صح النكاح حصل الجمع بين

إجيب بأن معنى قوله لايتجزأ يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على مايجىء بعد هذا فى هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاد وقع فى القنة وهى قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزى الاستيلاد فإنما فرض المسئلة فى المدبرة وهى غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة . فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبى حنيفة ، وذلك لأنهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه فى أنه لايتجزأ فكان مجمعا عليه . ثم أجاب عنه أبوحنيفة بأنه متجزئ عنده فى ذلك الباب ، ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين ، كذا فى النهاية . قال (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لاحقيقتها ، فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوّجها قبل أن يستبرئها . فإن قيل : شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما فى المعتدة . أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك فى زوالها فلا ترتفع به ، بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة .

(قوله أجيب بأن معنى قوله لايتجزأ ، إلى قوله : فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول : فيه بحث ، بل المراد لايستقر على التجزى كما يعلم مما مر وسيجىء .

(ولايثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به) وقال الشافعى : يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه

الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل ، فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس إلا الجمع بين الفراشين لاتوهم الشغل ، وهذاحق لما عرف من مسئلة : ماإذا رأى امرأة تزنى فتزوّجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت ، لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين ، ولذا جاز عند أبى حنيفة ومحمد تزوّج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش ، غير أنه لايحل وطؤها إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها ، وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وإن كان يستحب أو يجب الاستبراء ، إنما المانع الجمع بين الفراشين القويين ، وفراش أم الولد ليس قويا على ماصرح به فى المسئلة فلا يكون مانعا مالم يتصل به الحمل ، بخلاف المعتدة فإنها فراش حال العدة ، ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتى به فى تزوّجها جمع بين الفراشين .

[فرع] إذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما إذا باع رقبة العبد منه ؛ رواه ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى . وعن ابن سماعة عن أبى يوسف : لاتعتق ، بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أى ولد الأمة لا أم الولد ، وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب فى قوله إذا ولدت الأمة من مولاها فلا يثبت نسبه إلا أن يعترف به وإن اعترف بوطئها ، وهوقول الثورى والبصرى والشعبى ، ومروى عن عمر وزيد ابن ثابت مع العزل . وقال الشافعى ومالك وأحمد : يثبت إذا أقرّ بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعى أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة ، وهو ضعيف ، فإنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعى فلا يفيد الاستبراء ، وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لاتحيض والأمر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ، ولو وطئها فى دبرها يلزمه الولد عند مالك ، ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لأنه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور فى أن النسب يثبت بما تأتى به الأمة بمجرد وطئها ، وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتى به المنكوحة به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضى إلى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وأنه أكثر إفضاء إلى وجود الولد أولى . وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبى لايثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقوّمها عند أبى حنيفة ونقصانه عندهما فكان

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أى ولد الأمة رجوع إلى ما ابتدأ به أوّل الباب بقوله : إذا ولدت الأمة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على مايجىء فى قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقرار ، وحكم المدبرة كحكم الأمة فى أنه لايثبت النسب منها بدون دعوة المولى . وقوله (إلا أن يعترف به) أى بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم (وقال الشافعى : يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد) أى بالنكاح الذى هو مفض إلى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أى عن طلب الولد وهو سقوط التقوّم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة

فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء ، بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة

الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل . وبه يندفع ماقيل فلا يلزمه بمجرد الوطء ، وما قبل الوطء قد يقصد به وقد لايقصد به فلايتعين عدمه . قلنا : ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الأصل من العدم . واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضى الله عنها قالت « اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : يعنى فى ابن وليدة زمعة ، فقال سعد : يارسول الله ابن أخى عتبة بن أبى وقاص عهد إلىّ أنه ابنه انظر إلى شبهه ، ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يارسول الله ولد على فراش أبى ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال : هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبى منه ياسودة ، فلم تره سودة قط » رواه الجماعة إلا الترمذى . وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم إنما قضى به لعبد ابن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه ، ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك ، وقال : احتجبى منه ياسودة ، ولو كان أخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه ، فهذا دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعا والأول باللفظ نفسه . ويدفع الأول بأن فى رواية أخرى «هو أخوك ياعبد » وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة . ويدفع الأول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية «هو لك» وهى أرجح لأنها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة ، والشبه لايوجب احتجاب أخته شرعا منه وإلا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لأبيه منه وهو منتف شرعا . وإذن قوله « للفراش الولد» ينتفى به نسبه عن سعد بأنه ابن أخيه وعن عبد بأنه أخوه : يعنى أن الولد للفراش ولا فراش الواحد من عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك ياعبد ميراثك من أبيك . واعلم أنه روى عند الإمام أحمد « أما الميراث فله ، وأما أنت فاحتجبى منه فإنه ليس لك بأخ » فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا لعبد بن زمعة ، وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك . وقوله « أما الميراث فله » يفيد أنه أخوهما ، فإما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه ، أو يجمع بأن المثبت الأخوة الشرعية والمنفى الأخوة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد ، وأن الحكم الشرعى فى عدم الاحتجاب أن يترتب على الأخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه ، إلا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب مالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو فى الصورة المروية ، ثم يجعل هذا إذ ليس حكما مستمرا على ماذكرنا خاصا بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن حجابهن منيع ، وقد قال تعالى لهن ـ لستن كأحد من النساء ـ وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله «الولد للفراش» يعنى أم الولد ، وحينئذ فقوله هو لك : أى مقضىّ به لك ، ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الأخرى . وأما مانقل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعتزلونهن ، لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها ، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا . رواه الشافعى فمعارض بما روى

أولاد الإماء عندهم (فلا بدّ من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فإنه لايثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصودا منه فلاحاجة إلى الدعوة) لايقال : النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لامدخل له فى ذلك ، لأنا نقول : لو كان ذلك مداره لثبت من الزانى وليس كذلك ، وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها

(فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله) لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج ،

عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه ، فقال : ممن هو ؟ فقالت : من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه . وأسند الطحاوى عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال : ليس مني إني أتيتها إتيانا لا أريد به الولد . وعن زيد بن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها . وعنه أنه قال لها : ممن حملت ؟ فقالت منك ، فقال : كذبت ما وصل إليك مايكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها . والمروى عن عمر من قوله أنه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم إنكار من يجب عليه استلحاقه ، وذلك أنا بينا أن الواطئ إذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به ، فقد يكون علم من الناس إنكار أولاد الإماء مطلقا فقال لهم إني ملحق بكم إياهم مطلقا ، وأما من علم منه الاعتدال فى الأمر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه أو يجوز فإنه لا يتعرض له (قوله فإن جاءت بعد ذلك) أى بعد أن اعترف بولدها الأول (بولد ثبت نسبه بغير إقرار) لأنه بالاعتراف بالولد الأول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا ، وبهذا تبين أن الأولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى أم الولد ، فإنه إذا اعترف به ظهر قصده إلى ذلك أو وضعا شرعيا كالمنكوحة وإن لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتى به فإنها حينئذ تكون متعينه لثبوت نسب ما تأتى به وهو الذى عرّفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان : قوى وهو فراش المنكوحة ، وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وإن ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه ، بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها إلا باللعان ، وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لأن الأمة ليست بفراش لمولاها ، وذلك لعدم صدق حدّ الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد إلى آخر ما قاناه ، ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وإن لم يقل هو ولدى لأن ثبوته بقوله هو ولدى بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد . وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس : ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وإن كنا نوجب عليه فى هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء ، وأظن أن لا بعد فى أن يحكم على المذهب بذلك . وفى المبسوط : إنما يملك نفيه : أى نفي ولد أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان ، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله ، والتطاول دليل إقراره لأنه يوجد منه فيها دليل إقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون

(فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم تتطاول المدة ، فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك إبطاله ، وكذلك بعد التطاول لأنه يوجد منه دليل الإقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه ، وذلك كالتصريح بالإقرار ، واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق فى اللعان . وقوله (لأن فراشها ضعيف) ، اضح .

وهذا الذى ذكرناه حكم . فأما الديانة ، فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لأن الظاهرأن الولد منه ، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر ، هكذا روى عن

كالتصريح بإقراره واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان . هذا وإنما يثبت نسب ماتأتى به فى حال حل وطئها له بعد الولد ، أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بأن وطئها أبو سيدها أوابنه أووطئ السيد أمها أوابنتها أوحرمت عليه برضاع أو بكتابة . فإنه لايثبت نسبه منه إلا باستلحاقه . ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ، ففى الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة . ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه إلى سنتين من يوم الإعتاق ، وكذا إذا مات لأنها معتدة ، ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية حتى لايملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة فى العدة ، بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لأن الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذى عرض لاباختيارها المنقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى من عدم لزومه الولد وإن اعترف بالوطء مالم يدّعه (حكم) أى فى القضاء : يعنى لايقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة ، فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع ، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه ، والعمل بالظاهر واجب ، وإن كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لأن هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أى يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أوعدم التحصين ، وبهذا ظهر أن لفظة أو فى قوله وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد . وصرح فى المبسوط بذلك حيث قال : فأما إذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ . ولا شك فى أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر ، وأما ظهور كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل عنها محل نظر ، بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره ، وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضى هذا ثبوت النسب بعد الوطء وإن لم ينزل وإلا تناقض . ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتى به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إنزال ، بل إنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل ، وهذا فرع الإنزال . وحينئذ فالمذكور فى الغسل بيان حكمة النص فإنه قد نص على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله فى الاستلحاق ، بل لايجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لايجوز أن

قوله (وهذا الذى ذكرناه) أى عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضى (فأما الديانة) يعنى فيما بينه وبين الله تعالى ، فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها ، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا . وقوله (لأن هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أى يعارضه(ظاهر آخر) وهوالعزل أوترك التحصين .

(قوله وقوله لأن هذا الظاهر) أقول : المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين ، وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لايخفى .

أبى حنيفة رحمه الله ، وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما فى كفاية المنتهى (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لأن حق الحرية يسرى إلى الولد كالتدبير ؛ ألا ترى أن ولد الحرة حرّ وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسدا إذ الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الأحكام ، ولو ادعاه المولى لايثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره ،

لايستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذى لايقابله مايوجب شكا (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف وعن محمد) ذكرهما فى المبسوط فقال : وعن أبى يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لأمرها على الصلاح مالم يتبين خلافه ، وهذا كمذهب الشافعى والجمهور لأن ماظهر سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه . وعن محمد لاينبغى أن يدعى ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى أن يعتق الولد . وفى الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال : قال أبو يوسف : أحبّ أن يدعيه ، وقال محمد : أحبّ أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب ، وعبارة المبسوط تفيد الوجوب (قوله فإن زوّجها المولى فجاءت بولد) يعنى من الزوج (فهو فى حكم أمه) حتى لايجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولايسعى لأحد ، وإنه

وقوله (وفيه روايتان أخريان) فى بعض النسخ أخروان وليس بصحيح . وقوله (عن أبى يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار (عن) دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك ، وإنما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر ، فأما رواية أبى يوسف فهى أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل ، حصنها أولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لأمرها على الصلاح مالم يتبين خلافه ، وأما رواية محمد فهى أنه لاينبغى له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه ، ولكن ينبغى له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لايحل شرعا فيحتاط من الجانبين ، وذلك فى أن لايدعى النسب ، ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه . وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعى ، وإن لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لأن الأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له بالنكاح وإن كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لأن الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الأحكام ، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية ، وإذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد . وقوله (ولو ادعاه المولى) معناه إذا زوّج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ، وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له ، هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير . فإن قيل : ينبغى أن لاتصير أمه أم ولد لمولاه لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد ، فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع ؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوته ، وإن كان ذلك الإقرار فى ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى فى محله وهو الملك ، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح ، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى

ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب «أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث».

استخدامه وإجارته ، إلا أنه إذا كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطء أمها . وهذه إجماعية وهي واردة على إطلاقه حيث قال هو في حكم أمه ، وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسرى إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ، ولهذا كان ولد القنة قنا ، وولد الحرة حرا وإن كان أبوه بخلافه ، ولو ادعاه لايثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن فراشه أقوى ، وإن كان النكاح فاسدا فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام ، وهذا إذا اتصل به الدخول ، والنسب لايتجزأ ثبوتا فلا يثبت من المولى . والأوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح ، وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر ، وقول المصنف لأن الفراش له يقتضى أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا ، وهذا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح ، فإن جاءت به لأقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ، ويستحب بل يجب أن لايزوّجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ، ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبه منه لإقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فإن ابنه من أمته يعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه . ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد له لأن الكلام في تزويج أم الولد ، وإنما يستحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط : زوّج أمته من عبده فولدت فادّعاه لايثبت نسبه منه ، ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية ، وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا زوّجها مولاها ، وحينئذ يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر ، لأنه إنما ذكر لبيان سراية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها (قوله ويعتق الولد) أي ولد أم الولد المزوّجة الذي ادعاه يعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حرا من الأصل . فإن قيل : فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه ؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وإن كان في ضمن ما لم يثبت ، وهذا ما تقدم وعده مع أنّ احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح ، إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقى معتبرا في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى العتق (قوله وإذا مات المولى عتقت) يعني أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث») وفي نسخة مكان لايبعن «لايسعين» ، وهو الموافق لتعليله ولا

معتبرا في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد . قال (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أولا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث») ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح فإنهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وإنما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعل من الثلث تأكيد لأنه فهم ذلك من قوله وأن لايبعن

(قوله وإنما نكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول : فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره . نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ أقول : ممنوع ، فإن المدبر لايباع في دين ويجعل من الثلث .

ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين ، بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها فى دين المولى للغرماء) لما روينا . ولأنها ليست بمال متقوم حتى لاتضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص ، بخلاف المدبر لأنه مال متقوّم

سعاية الخ بقوله (لما روينا) أى لأنه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال « وأن لايسعين » وما قيل « وأن لايبعن » يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ، ثم لم يعرف هذا الحديث ، والشيخ جمال الدين الزيلعى بعد ذكره أنه غريب قال : وفى الباب أحاديث ، وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لاتملك وتعتق بالموت ، ولا يخفى أن كلها فى غير المقصود ، فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس فى شىء منها ذلك ، فإن عتقها لايستلزم كونها من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله ، وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكى فى كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا فى عبد الملك (قوله ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) كحاجته إلى الأكل : أى وحاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه لحاجته إلى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الإرث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم تخرج منه فصار إعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الأصلية ، إذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث ، فإن لم يسعه سعى فى باقى قيمته ، ولو كان دين السيد مستغرقا سعى فى كل قيمته على ماسلف (قوله ولأنها) أى أم الولد (ليست بمال متقوّم) عند أبى حنيفة على ماتقدم (حتى لاتضمن بالغصب عنده) يعنى إذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها ، بخلاف المدبر إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن ، وكذا لاتضمن بالقبض فى البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لايضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هى فى شىء أيضا ، وعندهما تضمن فى ذلك كله بخلاف المدبر ، وإنما تضمن بما يضمن به الصبى الحرّ عند أبى حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلفتها ، وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإذا لم تكن مالا متقوما (لايتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعنى إذا مات من له القصاص

فى دين ، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه ، وكل ماكان من الحوائج الأصلية يقدّم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) وقوله (ولا سعاية عليها) أى على أم الولد (فى دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة إلى الولد أصلية الخ ، وفى بعض النسخ لما روينا يعنى من حديث سعيد بن المسيب . ووجه ذلك أنه لما قال « ولا يبعن » دلّ على انتفاء المالية ، وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية . وقوله (ولأنها) يعنى أم الولد (ليست بمال متقوّم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لايضمنها الغاصب عند أبى حنيفة لأن ماليتها غير متقوّمة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوّم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيئا متقوّما ، وكذا إذا قتل المديون شخصا لايقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص ، وكذا إذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لايقدر الغرماء على منع المديون عن

(قوله وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول : منقوض بالمدبر فإنه لايباع للحديث وبسعى كما مر . . . .

(وإذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها)وهى بمنزلة المكاتب لاتعتق حتى تؤدى السعاية . وقال زفر رحمه الله : تعتق فى الحال والسعاية دين عليها ، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى . فإن أسلم تبقى على حالها . له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق . ولنا أن النظر من الجانبين فى جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى إلى بدل ملكه . أما لو أعتقت وهى مفلسة تتوانى فى الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده ،

وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لأن القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخلوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالا . وقيل معناه إذا قتل المديون شخصا لايقدر الغرماء على منع ولى القصاص من قتله قصاصا . وقيل معناه إذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح ، وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو . وقيل إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لايضمن القاتل لولى القصاص شيئا لأنه ليس حقا ماليا والأقرب المتبادر الأول (قوله وإذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها) يعنى إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاها فأبى فإنه يخرجها القاضى عن ولايته بأن يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لاترد إلى الرق ولوعجزت نفسها ، لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة لقيام إسلامها وهو الموجب فلا فائدة فى إثبات حكم التعجيز ، وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصرانى وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه وإلا فاللازم ليس إلا ماذكرنا من عدم الفائدة ، وهذا بحسب الظاهر أنها لاتقدر إلا كذلك وإلا لو وجدت المال فى الحال لم يحتج إلى ذلك (وقال زفر : تعتق للحال) أى لحال إباء مولاها الإسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهى حرة ، فإن أسلم عند العرض فهى على حالها بالاتفاق ، بخلاف ما لو أسلم بعده . وقال مالك والظاهرية : تعتق مجانا . وقال الشافعى وأحمد : يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له . وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمى واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه .وذلك فى إعتاقها بالقيمة له ، بخلافه مجانا كما قال مالك ، فإنه إهدار مايجب له من النظر إذا أمكن . وأما قول الشافعى ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه . قلنا : الأمر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها ، فإنه لايصل إلى البدل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة ، وربما تتوانى فى الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمى لذلك وتتضرر هى بشغل ذمتها بحق ذمى وربما تموت قبل إيفائها حقه ، وقد قال علماؤنا :خصومة الذمى والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم ، بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء فكان اعتبارنا أولى إذ كان أنظر للجانبين. وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبى حنيفة فى قوله بنفى مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى . فى قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمى يعتقد تقومها (فيترك وما يعتقده) أى مع مايعتقده . ولأنا

العفو(وإذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها) وهى ثلث قيمتها قنة على ماتقدم وكلامه واضح . واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبى حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده ، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها . قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده)جواب عن هذا الإشكال .

ولأنها إن لم تكن متقوّمة فهى محترمة . وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لأنها أم ولد له ، ولو عجزت فى حياته لاترد قنة لأنها لو ردّت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعى رحمه الله : لاتصير أم ولد له ،

أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقوّمة فى حقه ، وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ، ولو سلم أنها ليست متقوّمة مطلقا فهى محترمة ، وهذا يكفى لإيجاب الضمان ، وإن لم يكن المضمون مالا كما فى القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا ، وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمى إلا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام . ووجه أيضا بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوّم أم الولد . وأنت سمعت فى العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبى حنيفة بدل ماهو مال فارجع إليه ، وأن كونه بدل ماليس بمال قول محمد (قوله وإذا مات مولاها النصرانى عتقت) وسقطت عنها السعاية (لأنها أم ولد له) (قوله ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعنى تزوّج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذى ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد فى رواية (وقال الشافعى : لاتصير أم ولد له) وهو قول مالك ، وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ، ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لامن وقت العلوق ، وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية ، ونحن نقول : إنما ثبت فيها وصف الأمية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية فى المنفصل قبل الأمومة . ويتفرع على هذا أنه لو ملك ولدا لها من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافا له لأنه ليس ابن أم ولد له ، بخلاف مالو ملك ولده منها قبل ملكها فإنه يعتق عليه اتفاقا . وفى المبسوط : لو طلقها فتزوّجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر ، بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فإنه فى حكم أمه ، ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على أنها حرّة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا. وللشافعى فيه قولان : فى قول تصير أم ولد له ، وفى آخر

وقوله (ولأنها) يعنى مالية أم الولد (إن لم تكن متقوّمة فهى محترمة وهذا) أى كونها محترمة (يكفى لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الإشكال . واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد . وأجيب بأن مبنى الضمان فى الغصب على المماثلة ، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقوّمها وبين مايضمن به من المال المتقوّم ، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام فى مثله . وقوله (كما فى القصاص المشترك) يعنى إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين ، وإن لم يكن القصاص مالا متقوّما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصرانى (عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت فى حياته لاترد قنة ؛ لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو إسلامها مع كفر مولاها .

ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا . وله فيه قولان وهو ولد المغرور . له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا عاقت من الزنا ثم ملكها الزانى . وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم فى تلك الحالة والجزء لايخالف الكل . ولنا أن السبب هو الجزئية على ماذكرنا من قبل . والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب

لاتصير أم ولد له (وهو ولد المغرور) وهو حرّ بالقيمة يوم الخصومة (قوله له) أى للشافعى (أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا عاقت من الزنا ثم ملكه الزانى . وهذا لأن أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا) وإنما قلنا إن الأمومة باعتبار علوق الولد حرا (لأنه جزء الأم فى تلك الحالة والجزء لايخالف الكل) وهو حر ، فلا بد أن تستحق هى الحرية . واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق فى أم الولد مستمر إلى موت سيدها ، والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل . وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالمتصل ، وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض . وإنما اقتصر المصنف اقتصاراً للعلم ببقية التقرير . وحاصل الوجه المذكور أن جزأها حرّ ومقتضاه حريتها ، إذ لايخالف الجزء الكل ، إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة فى بعض الأحكام حتى جاز إعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهى الجزئية وعدمها لما بقى منها فى الحال ، وهذا المعنى لايوجد إذا علقت برقيق ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرّة بعد موته » وتقدم الحديث فشرط فى ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا أن سبب الأمومة) فى محل الإجماع وهو الأصل (هو الجزئية على ماذكرنا من قبل) يعنى عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية إنما ثبتت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب ، فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة . وتقرير وجه الشافعى هذه علقت برقيق وهو ظاهر : ومن علقت برقيق لاتصير أم ولد لمن عاقت منه ، لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرّا لأنه جزء الأم فى تلك الحالة : أى فى حالة العلوق والجزء لايخالف الكل . وفى صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها فى تلك الحالة : أى فى حالة العلوق ، فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل . وقوله (كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى) أنها لاتكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها ، قيل فى كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لايثبت إذا عاقت من الزنا . وقوله (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأوّل ، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس إلا ، وفى صورة الزنا إنما لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقا لأن المزنى بها فى تلك الحالة ملك مولاها (ولنا أن سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أوّل الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا ، وقد

(قال المصنف : وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول : قال الزيلعى : ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين ، لأنه لو أعتق مافى بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ، ولو كان لأجل الاتصال بها لثبت اه . وفيه بحث لأن الشافعى يعتبر فى أمومية الولد علوق الولد حرا وفى إعتاق الجنين علوق رقا ، وكم بين حال الابتداء والبقاء ، ثم إن المولى بإعتاقه منفردا جعله شخصا على حدة وأخرجه من حكم الجزئية

فتثبت الجزئية بهذه الواسطة . بخلاف الزنا لأنه لانسب فيه للولد إلى الزانى . وإنما يعتق على الزانى إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة . نظيره من اشترى أخاه من الزنا لايعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهى غير ثابتة (وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه

الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت فى الزوج فتثبت الأمومة (بخلاف الزنا فإنه لانسب يثبت للولد من الزانى) فلا تصير الأمة التى جاءت بولد من الزنا إذا ملكها الزانى أم ولد له استحسانا ، خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولد له وهو القياس . فإن قيل : فكان ينبغى أن لايعتق الولد إذا ملكه أبوه من الزنا إذا كان لايثبت نسبه منه . أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزانى إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أى نظير أم الولد من الزنا حيث لاتعتق عليه لعدم انتسابها إلى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لايعتق) عليه لأنه لاينسب إليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته إلى الوالد) وهى غير ثابتة حتى لوكانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك . والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة » الحديث ، ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره ، فإذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتى به منه ثبتت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لأنا ننفى المفهوم المخالف ، وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس ، فإذا صح قياس الزوج على السيد فى ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التى زوّجها من عبده ، فإن نسبه إنما يثبت من العبد لامن السيد وتصير أم ولد له . وجوابه أن ثبوت الأمومة لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا . ومما تنتفى فيه الأمومة ماذكر فى الإيضاح :أمة جاءت بولد فادعاه أجنبى لايثبت نسبه صدقه المولى أوكذبه ، فإن ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولد له (قوله وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه

ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة ، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد . وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه لانسب فيه : أى فى الزنا (للولد إلى الزانى) فلا تثبت الجزئية المعتبرة فى الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد . فإن قيل : لما لم يثبت النسب من الزانى فعلام يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه ، أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزانى إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة) ، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزانى منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لايعتق عليه لأنه) أى الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهى غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب ، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة . وقوله (وإذا وطئ جارية ابنه) ظاهر .

فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل (قال المصنف : فتثبت الجزئية بهذه الواسطة) أقول : قال ابن الهمام : يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه إنما يثبت من العبد لامن السيد وتصير أم ولد له . وجوابه أن ثبوت الأمومية لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا اه . وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف كان لايثبت نسبه بالاعتراف ؟ وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس إذ المراد بالاعتراف وهو الإقرار المصادف محله وهو الملك (قال المصنف : وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول : ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة فى شرح الكنز للزيلعى .

وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب ، وإنما لايضمن قيمة الولد لأنه انعلق حرّ الأصل لاستناد الملك إلى ماقبل الاستيلاد (وإن وطىء أبو الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب) لأنه لاولاية للجد حال قيام الأب (ولو كان الأب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الأب) لظهور ولايته عند فقد الأب ، وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية

(وصارت أم ولد للأب) سواء كان الابن وطئها أو لا ، لأن حرمة الوطء لاتمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لأنه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء فى ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لأنه انعلق حرّا لتقدم الملك على الأم (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) فى باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعى قولان : أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على إثباته الملك حكما للوطء ، إذ لو أثبته سابقا عليه لم يتجه له إيجاب المهر ، والقول الآخر لاتصير أم ولد ويلزمه المهر لأنه لم يملكها وهو قول أحمد . وعلى هذا تستمر على ملك الابن . ومذهب مالك أنه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أولا ، وإذا كان تملكها لازما عرف أنه لايصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده إذ لايقبلان انتقال الملك فيهما ، فإن كان فى لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ وإلا فبالحكم المذكور فى المسئلة ، وشرط صحة هذا الاستيلاد أن تكون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وأن يكون الأب صاحب ولاية من ذلك الوقت إلى الدعوة أيضا ، فلو باع الابن الجارية ثم عادت إليه بشراء أو ردّ وولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الأب لم تصح دعوته إلا أن يصدقه الابن كما إذا ادعى الأجنبى ذلك وصدقه ، وكذا دعوة الجد لو كان مكان الأب ، وكذا لو كان الأب كافرا ثم أسلم أو عبدا فعتق أو مجنونا فأفاق فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الإسلام والعتق والإفاقة إلى الدعوة فادعاه لاتصح لعدم الولاية إلا أن يصدقه ، أما المعتوه لو ادعاه بعد إفاقته وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من إفاقته فنى القياس لاتصح لعدم ولايته عند العلوق . وفى الاستحسان تصح لأن العته لايبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ، ولو كان الأب المدعى مرتدا فهى موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله إن عاد إلى الإسلام صحت وإلا لا . وعندهما صحيحة وهى فرع تصرفات المرتد لأنه يملكها بالقيمة فكان كالبيع ، وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغى أن تتوقف عندهما أيضا لأن تصرف المرتد فى مال ولده موقوف عندهما أيضا ، لكنها تضمنت التصرف فى مال نفسه ، وفيه لايتوقف لاسيما فى النسب لأنه يحتاط فى إثباته فينفذ (قوله وإن وطئ أبو الأب مع بقاء الأب مسلما حرّا عاقلا لم يثبت النسب منه) لأن شرط الصحة قيام الولاية على ماذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الأب متصفا بما قلنا ، بخلاف ما إذا كان الأب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فإن الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته فى هذه الأحوال ، ولو كان الأب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد . وعند أبى حنيفة موقوفة ، فإن أسلم الأب لم تصح دعوة الجد ، وإن مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت ، ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا فى الأب

. . . .

(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لأنه لما ثبت النسب فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة أنه لايتجزأ لما أن سببه لايتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لاينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) لأن الاستيلاد لايتجزأ عندهما (وعند أبى حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لأنه وطئ جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولايغرم قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق

(قوله وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه)سواء كان فى المرض أو فى الصحة ، وكذا إذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون إعتاق الآخر وسواء كان المدعى مسلما أو كافرا لأنه لما ثبت النسب فى نصفه المملوك له من الجارية ثبت فى الباقى ، ولفظ « فى » يحمل على معنى « من » التى لابتداء الغاية : أى ثبت من نصف الأمة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم « دخلت امرأة النار فى هرة » أى لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له ، لأن قوله ثبت فى الباقى ينبو عنه . وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الأم فيثبت من كلها لأنه أى النسب لايتجزأ ثبوته من امرأة ، فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها . ولا يقال : سيأتى أنه يثبت من رجلين بالنسبة إلى امرأة واحدة . لأنا نقول : ليس فى ذلك تجزئة من امرأة لأن النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها لواحد ومن البعض الآخر للآخر ، وإنما لايتجزأ لأن سببه وهو العلوق لايتجزأ فى امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا لأنها إذا علقت من الأول انسدّ فم الرحم فلا تعلق من الآخر ، وعلى قول غيرنا لا يمتنع ، بل واقع على قول بعض مثبتى القيافة على ماسيأتى ، فعدم التجزى أن لايعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولد له) اتفاقا أما عندهما فلأن الاستيلاد لايتجزأ كما لا يتجزأ

وقوله (وإذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسألة قد مر ذكرها فى أول الباب حيث قال : وكذا إذا كان بعضها مملوكا ، ولكن كان ذكرها هناك من حيث أن الاستيلاد يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل الموت وإلى حقيقتها بعده ، وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزى الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعدّ تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لافرق فى ذلك بين الصحة والمرض . وقوله (لأنه لما ثبت النسب منه فى نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال : لما لم يثبت النسب منه فى نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لايثبت فى الباقى ضرورة أنه لايتجزأ إلى آخر ما ذكر فى الكتاب . ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا ، ألا ترى أنه يسقط الحدّ عنه بهذا الطريق ويجب العقر ، فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة . وقوله (فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه) قال فى النهاية : هذا على اختيار بعض المشايخ ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان لما عرف فى أصول الفقه . وأقول : يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتى دون الزمانى ، وحينئذ يكون واردا على الأصح من المذهب . وقوله (بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث أن ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق ، وذلك يكفى فى الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا فى غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة

فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك

ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد ، وعنده يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك الآخر لأنه قابل للنقل ، ولا يمتنع تجزى الأمومة كما امتنع تجزى ثبوت النسب لأن معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى أنه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء فى الباقى أو إعتاقه إلى آخر ما عرف ، لكن لما كان النص المفيد لتجزى العتق أوجب أن لا يقرّ بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والأمومة شعبة من العتق وجب فيها إذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق أن يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق . والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقرّ تجزيها فى حق الأمومة ، بل التجزى فى الابتداء ثم يتمم الكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الأمر . ثم لا يخفى أن تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل . يقال سافر للتجارة والعلم ، ولو قيل لأمن الطريق عدّ جنونا ، وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك ، بل الثابت به جواز أن يضمنه ، وللإنسان ترك حقه ، وها هنا لو رضى الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد للآخر ، فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرقّ نصفها الآخر أو تسعى له إذ ذاك لا يجوز ، فليس الموجب للنقل إلا ما قلنا من النص الدالّ على أنه إذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذى علقت منه ، وكذا نصف العقر ، وإنما وجب نصف عقرها على المستولد لأنه وطئ جارية مشتركة لأن الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ، وهو وإن كان مقارنا للعلوق لاستناده إليه فهو مسبوق بالوطء ، وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالإنزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه ، وما قيل الأصح أن حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يختره المصنف ، وقد ملأ الكتاب من ذلك ، وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة إليه فى خلافية زفر فيما إذا دفع النصاب إلى الفقير منعه زفر لأن الدفع قارن الغنى ، فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع إلى الفقير ، ثم لم يزل يكرره فى كل ما هو مثله ، ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم فى يساره وإعساره لأنه ضمان تملك كالبيع . وعن أبى يوسف : إن كان المدعى معسرا سعت أم الولد لأن منفعة الاستيلاد حصلت لها ، وإنما لا يضمن الأب إذا استولد جارية ابنه العقر لأن ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لأنه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء فى ملكه . فإن قيل : الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء . أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب ، فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ، ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ، ولا يغرم قيمة ولدها لأن النسب ثبت مستندا إلى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم ينعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرّا فلا يضمن

الشريك فيجب العقر ، وأما الأب فلم يكن له ملك فى الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فى ملكه حملا لأمره على الصلاح فيكون الوطء فى ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر . والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها ، هكذا فى مبسوط شمس الأئمة السرخسى . وفى مبسوط شيخ الإسلام والمحيط : العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا . وقوله (فلم ينعلق منه شيء على ملك الشريك) لأنه كما علق انعلق حرّ الأصل لأن نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه إذا حملت على ملكهما . وقال الشافعي رحمه الله : يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة رضى الله تعالى عنه .

له شيئا . واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه ، واستناد النسب إلى العلوق بعد ما وقع فى ملك الشريك لا يوجب أن لا يعلق منه شيء على ملكه . لا يقال : يمكن كونه أرام بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطء . لأنا نقول : الاستيلاد إما أن يطلق على العلوق ، أو على مجموع الوطء مع الإنزال والعلوق ، أما مجرد الوطء بلا إنزال فلا . ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لأن نقله من ملك الشريك إلى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير إلا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لأنه بلا موجب . والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها فى الأصح لا يفيد لأن نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لأنها مالم تصر أم ولد لم يلزم النقل . فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لأنه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن ، وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لأن الأم حين انتقلت إلى ملك المستولد انتقلت بأجزائها ومن جملتها ذلك الماء ، هذا إذا حملت على ملكهما ، فإن اشتراها حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لا يمكن استناد الاستيلاد إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل فى ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا ، لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوته ملك وهى كالإعتاق الموقع إلا أنه يضمن نصيب شريكه فى اليسار والإعسار لأنه ضمان تملك كالبيع ، ولا عقر لشريكه ههنا لأن الوطء لم يوجد فى ملك شريكه (قوله وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما) وكانت الأمة أم ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركه الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ، ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها ؛ وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها له . ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ، ولا سعاية فى قول أبى حنيفة ، وعلى قولهما يضمن إن كان موسرا وتسعى إن كان معسرا ، وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر . وفائدة إيجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقى حق الآخر . وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث

(وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه إذا حملت على ملكهما) وإنما قيد بذلك ، لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت فى نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعي : يرجع إلى قول القافة) وهى جمع القائف كالباعة فى جمع البائع ، وهو الذى يتبع آثار الآباء فى الأبناء ، من قاف أثره : إذا اتبعه ، والقيافة فى بنى مدلج منهم المجزز (لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين) أى من ماء فحلين (متعذر ، فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة) روى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال : أما علمت أن مجززا المدلجى مر بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز إظهار السرور ولوجب عليه الرد والإنكار

ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه إلى شريح فى هذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، هو ابنهما

الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد . فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدورى . ومنها أنه للباقى منهما حتى إذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقى منهما ، وفرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال : وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا ، وسيقيده بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح ، فلو كان بأن كان الشريكان أبا وابنا فإن النسب يثبت من الأب وحده ، وكذا إذا كان أحدهما ذميا يثبت من المسلم وحده ، وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما ، وقيده ههنا بما إذا حملت على ملكهما وهو أن تلده لتمام ستة أشهر : يعنى فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها ، واحترز به عما إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهى أم ولد الزوج فإن نصيبه صار أم ولد له ، والاستيلاد لا يحتمل التجزى عندهما ولا بقاءه عنده فيثبت فى نصيب شريكه أيضا . وأيضا ما إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت : يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق فى ملكه . وعما إذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بأن اشتريا أمة فولدت لأقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما إياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لأن هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة ، بخلاف الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق فى الملك . وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حرا . وقلمنا فى كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما إذا قال لعبده هذا ابنى وأمه فى ملكه هل تصير أم ولد له أو لا ؟ قيل نعم مجهول النسب أو معلومه ، وقيل لا فيهما ، وقيل نعم فى مجهوله لا فى معلومه . فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق ، وبقولنا قال سفيان الثورى وإسحاق بن راهويه ، وكان الشافعى يقوله فى القديم ، ورجع عليه أحمد حديث القافة . وقيل يعمل به إذا فقدت القافة . وقال الشافعى : يرجع إلى قول القائف ، فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب إلى أيهما شاء ، فإن لم ينتسب إلى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير أمه . والقائف هو الذى يتبع آثار الآباء فى الأبناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى ، والقيافة مشهورة فى بنى مدلج ، فإن لم يكن مدلجى فغيره وهو قول أحمد ، وقال به مالك فى الإماء ، وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين . لأنها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه ، وهذا يفيد أن القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق ، وهو قول الشافعى ، أنه يبطل قولهم إذا ألحقوا بهما ، وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة فى كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال : ياعائشة ألم ترى أن مجززا المدلجى دخل على وعندى أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض » وقال أبو داود : وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضى الله عنه إلى شريح فى هذه الحادثة) ذكر أن شريحا كتب إلى عمر بن الخطاب فى جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب إليه عمر أنهما لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما . وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير ، فحل محل

(ولنا كتاب عمر إلى شريح فى هذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، هو ابنهما

يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين . وعن علىّ رضى الله عنه مثل ذلك ، ولأنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه ، والنسب وإن كان لايتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة ، فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة ، ومالايقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

الإجماع ، والله أعلم بذلك . قال (ولأنهما استويا فى سبب الاستحقاق) يعنى الدعوة مع الملك فيستويان فيه ، والنسب وإن كان لايتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالإرث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف فى ماله والحضانة فما يقبل التجزى كالإرث وما ذكرنا يثبت فى حقهما على التجزئة ، وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح يثبت لكل منهما كملا كأن ليس معه غيره . واعلم أن المعروف فى قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه فى امرأة وطئها رجلان فى طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما . وقال الشعبى وعلىّ يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ذكره سعيد أيضا . وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما ، فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما ، فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه . وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى فى ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين . ثم ذكر أيضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال : لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال : قدكنت أعلم أن الكلبة تلد لأكلب فيكون كل جزء لأبيه ماكنت أرى أن ماءين يجتمعان فى ولد واحد . وأسند عبد الرزاق أيضا عن معمر عن قتادة قال : رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه ، وقال : هو بينكما يرثكما وترثانه ، قال : فذكرت ذلك لابن المسيب فقال : نعم هو للآخر منهما ، وقول المصنف وعن على مثل ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوى فى شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال : وقع رجلان على جارية فى طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو ، فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقى منكما . ورواه عبدالرزاق : أخبرنا سفيان الثورى عن قابوس عن أبى ظبيان عن علىّ قال : أتاه رجلان وقعا على امرأة فى طهر ، فقال الولد بينكما وهو للباقى منكما. وضعفه البيهقى فقال : يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه ، وقابوس وهو غير محتج به عن أبى ظبيان عن علىّ قال : وقد روى علىّ مرفوعا خلاف ذلك . ثم أخرج من طريق أبى داود : حدثنا حبيش بن أصرم ، حدثنا عبد الرزاق ، أخبرنا سفيان الثورى عن صالح الهمدانى عن الشعبى عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال : أتى علىّ رضى الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة فى طهر واحد ، فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد ؟ قالا لا ، حتى

يرثانه ويرثهما ، وهو للباقى منهما) أى الولد يكون للأب الباقى من الأبوين اللذين كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحى دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت . وقوله (وكان بمحضر من الصحابة) يروم به إبرازه فى مبرز المجمع عليه . وقوله (فى سبب الاستحقاق) يعنى الملك ، وقيل الدعوة . وقوله (أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف فى ماله والحضانة والميراث ، فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة فى حقهما ، وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الإنكاح يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره .

سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا لا ، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذى صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثى الدية قال : فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى .واعلم أن أبا داود رواه أيضا موقوفا ، وكذا النسائى على علىّ بإسناد أجود من إسناد المرفوع ، وكذا رواه الحميدى فى مسنده وقال فيه : فأغرمه ثلثى قيمة الجارية لصاحبيه ، وهوحسن مبين المراد بالدية فيما قبله . وحاصل ماتحصل من هذا أنه صلى الله عليه وسلم سرّ بقول القافة ، وإن عمرقضى على وفق قولهم ، وإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر إثبات علىّ النسب بالقرعة . ولا شك أن المعوّل عليه ماينسب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة . فأجاب المصنف عنه بأن سروره كان لأن الكفار كانوا يطعنون فى نسب أسامة رضى الله عنه لما تقدم من حديث أبى داود أنه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون فى ثبوت نسبه منه ، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم ، فسروره لاشك أنه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذى بنفى نسبه وظهور خطئهم والردّ عليهم ، ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا فى نفسها فتكون متعلق سروره أيضا ، أو ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم أن حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بأنها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد . وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفى النسب . واعلم أنه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه « إن جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها ، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهوللذى رميت به » وهذه هى القيافة ، والحكم بالشبه . وأجاب أصحابنا بأن معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحى لا القيافة . وقد يقال الظاهر عند إرادة تعريفه أن يعرف أنه ابن فلان ، والحق أنه ينقلب عليهم ، لأنه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما إذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولا لحصول الحكم الشرعى حينئذ بأنه ليس ابنا للنافى وهو يستلزم الحكم بكذبها فى نسب الولد . وأجيب أيضا بأنه لايلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره ، وفيه نظر ، فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوى الناس فى معرفتها ، ثم إنه صلى الله عليه وسلم سرّ بفعل علىّ رضى الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة ، وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم ، وهو يستلزم أن القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم إياه ، بل سرّ به ، فإن الضحك دليله مع عدم الإنكار ، وإذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه . غير أنه يبقى ماثبت عن عمر من العمل بقول القافة ، فإنه من القوّة بكثرة الطرق بحيث لايعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبتها وإن كانت قصة مرسلة ، فإن سليمان بن يسار عن عمر مرسل ، وكذا عروة عنه ، لكنهما إمامان لايرويان إلا عن قوىّ أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين ؟ على أن قول سعيد ابن المسيب نعم فى إسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لأن سعيدا روى عن عمر ، وبالجملة فلا خلاف فى ثبوت مثل هذا ، وإذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم أن ذلك الاحتمال فى سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت ، والشافعى رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد إلى اثنين يلزمه اعتقاد أن فعل عمر كان عن رأيه لابقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين إذ حل محل الإجماع من الصحابة ، وهو ملزوم لأحد الأمرين : إما أن سروره صلى الله عليه وسلم لم يكن متعلقا إلا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول ، إلا أنا

إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر ، أوكان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح فى حق المسلم وهو الإسلام وفى حق الأب وهو ماله من الحق فى نصيب الابن ، وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لأن الكفار كانوا يطعنون فى نسب أسامة رضى الله تعالى عنه ، وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسرّ به (وكانت الأمة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما فى نصيبه فى الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها

لانقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن الماءين لايجتمعان فى الرحم إلا متعاقبين ، فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثانى ، بل إنه يزيد فى الأول فى سمعه قوة وفى بصره وأعضائه . وأما التعليل بأنه ينسدّ فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لاتحيض ، فأما من يقول تحيض لايمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه فى نفس الأمر من ماء أحدهما ، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر . وقال أبو يوسف : لايثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفى ثبوته من اثنين . لكنه ترك لأثر عمر . وقال محمد : لايثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين . ولأبى حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق . فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبى حنيفة ، وعندهما لايقضى للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة ، ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أومتساوية فى الجارية فى دعوى الولد ، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كلّ يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهى تصدقه ؛ فعند أبى حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين ، وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط ، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم ، وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت فى حق كل منهما كملا . وفى المبسوط : أمة بين مسلم وذمى ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك ، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمى أولى لأنه حرّ والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب ، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لايثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك ، قيل ويجب أن يكون هذا الجواب فى العبد المحجور وهبت له أمة ، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضا ، لوكانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما فى نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لأنه لم ينتقل

وقوله (إلا إذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله ومالا يقبلها يثبت فى حق كل منهما كملا . وقوله (وسرور النبى صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سرّ رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا فيما إذا ادعى الولد أكثر من اثنين . فجوّزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف ، وجوّزه محمد إلى الثلاثة . وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه . وقال محمد : الثلاثة قريبة من اثنين . وقال أبو حنيفة : سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا . وقوله (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) يعنى تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاد فى إبطال ملك الخدمة ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك فى تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقهما عند الموت ، ولا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة ، وتسعى

(وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقرّ له بميراثه كله وهو حجة فى حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما فى النسب كما إذا أقاما البينة (وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبى يوسف رحمة الله تعالى غليه أنه لايعتبر تصديقه اعتبارا بالأب يدعى ولد جارية ابنه . ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه حتى لايتملكه والأب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن .

إليه من نصيب شريكه شيء (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لأنه أقرّ له بميراثه كله) حيث ادعى أنه ابنه وحده وإقراره حجة فى حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لأن دعوى كل منهما الانفراد بالأبوة لاتسرى فى حق الآخر ، وقد استويا فى سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما إذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما ، فكذا إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وإن كذبه لايثبت نسب الولد ؛ لكن إذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر إلى تصديقه ، وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالأب يدعى ولد جارية ابنه بجامع أن الموطوءة كسب كسب المدعى ، أوبطريق أولى لأن للمولى فى المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وإن لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك ، وليس للوالد ملك حقيقة فى رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك ، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير افتقار إلى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لايثبت له حق تملكه (والأب يملك تملكه) لحاجته على ماعرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لأنه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من

فى نصف قيمتها للشريك الحى عندهما ، ولو أعتقها أحدهما فى حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية فى قول أبى حنيفة ، وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسرا ، وتسعى فى نصف قيمتها إن كان معسرا (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر) بفتح اللام : أى بالذى له . وقوله (كما إذا أقاما البينة) يعنى إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركا بينهما على السواء فكذلك هنا . وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ، ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإما أن يصدقه المكاتب أولا ، فإن صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى ، وإن كذبه فلا يثبت النسب أيضا (وعن أبى يوسف أنه لايعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما فى الأب. والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى ، وجارية الابن كسب كسب الأب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق أن المولى لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه بحجره على نفسه ، ولهذا لايملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة

(قوله أن المولى لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول : ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان إلى المولى.

قال (وعليه عقرها) لأنه لايتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره .

التركة بإعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج إلى تصديقه ، بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع . وههنا إن حصل العلوق فى ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل فى ملكه للجارية ملكا خالصا . واعترض بأنه لا معنى لاشتراط التصديق لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف فى مال المكاتب فتصديقه لايوجب فك الحجر ، بل غايته أنه اعترف له أنه وطئ الجارية فيقتضى أن لا يثبت النسب إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه وطئها لايثبت نسبه إذا كان مكذبا له مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق . وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه فى الاستلحاق فى مقابلة من هو أحق به منه إلا أن يصدقه لجواز أن يكذبه بأن يدعيه هو فلابد من استعلام تصديقه وتكذيبه ، بخلاف ما إذا أقام بينة على الوطء فإن تكذيبه قائم ، واختبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل تقديما للأحق على غيره ، بخلاف أحد الشريكين إذا استلحق فإنه لايتوقف على تصديق الآخر لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لأنه) أى لأن وطأه المدلول عليه بقوله فإذا وطئ المولى لايتقدمه الملك لأن ماله من الحق : أى حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره : يعنى من قوله عقيبه أنه كسب كسبه ، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه إياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لأنه وطئ أمة نفسه ، وإذا وجب لنفس المكاتبة العقر إذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلأن يجب بوطء أمتها أولى ، وأبعد شارح فقال : أى لما نذكره فى كتاب المكاتب من أنه يثبت للمولى فى ذمة المكاتب حق مع أن مجرد ثبوت حق فى ذمة

تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه ، والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه ، وإنما لاتصير الجارية أم ولده إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له فى كسبه ، وذلك كاف لإثبات نسب الولد ؛ ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به إلى التملك ، وليس للأب فى مال الولد ملك ولا حق ملك ، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء فى ملكه وولدت منه فكانت أم ولد له . وقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لايتقدم الوطء لأن ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا فى غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثانى . وقوله (لما نذكره) أى بذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب ، قيل فى كلام المصنف نظر لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص فى الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لايثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له : أى للمولى ، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد . والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد

(قوله والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول : ضمير لأنه وضمير نفسه راجعان إلى الأب (قال المصنف : لما نذكره) أقول : أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب ، كذا قاله الشارح أكمل الدين . وقال ابن الهمام : بل المراد به قوله عقيب هذا إنه كسب كسبه ، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك فى الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر .

قال (وقيمة ولدها) لأنه فى معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرًّا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لأنه لاملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور (وإن كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت) لما بينا أنه لابد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

سيد أمة لايصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب إليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقرها : أى وعليه قيمة الولد (لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه) أى الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حريته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا فى حرية الولد بالقيمة إلا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد ، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة . والفرق أن العلوق هنا حصل فى ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها إلا أنه محجور بحجر شرعى عنها فشرط تصديقه ، فإذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها فى أقرب أوقات الإمكان ، وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لأنه أمانة حبسها عن صاحبها تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس ، وتحقق هذا الحبس والمنع إنما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لاتصير الجارية أم ولد لأنه لاملك له فيها حقيقة كما فى أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لاتكون أم ولد له ، ولا تناقض بين قوله لاتصير أم ولد وبين قوله إن ماله من الحق يكفى لصحة الاستيلاد لأن المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه ، وأما ثبوت أمومية الولد للأم فإنما هو لازم فى بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفى ما أثبته ، ثم إذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وإن كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أى من أنه لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أى لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو إقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب .

بدلالة ما بعده فإن المصنف أجل قدرا من أن يقع بين كلاميه فى سطرين تناقض . وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها . وقوله (وهو أنه) قيل أى الولد : يعنى أن الولد حصل له (من كسب كسبه) فإن المكاتب كسبه ، وجارية المكاتب كسب كسبه ، وفيه نوع تكلف ، ويجوز أن يكون أنه : أى الجارية كسب كسبه ، وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو كسب ، الضمير فى رقه يعود إلى الولد . قيل فى قوله كما فى ولد المغرور نظر ، وحق الكلام كما فى المغرور بدون ذكر الولد على معنى أن الجارية لاتصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما أن الجارية لاتصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها . والجواب أن قوله كما فى ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرًّا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لابد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة ، فتقديره كما فى أم ولد المغرور . وقوله (وإن كذبه) معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب . وقوله (ولو ملكه) يعنى ولد الجارية الذى ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الإقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب . قال فى المبسوط : وإذا ملك المولى

(قال المصنف : وهو أنه كسب كسبه) أقول : الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كما فى أم ولد المغرور) أقول : على تقدير المضاف وإرادة المعنى اللغوى فى أم الولد .

كتاب الأيمـان

[فروع] رجل فجر بأمة فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولد له استحسانا ، وإن اشترى الولد عتق الولد عليه . وفى المحيط : يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية ، وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سببا حرية ، وفى غيرها ١ لايصح تدبيرها لأنه لايفيد . وفى جوامع الفقه : استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى فى دين . وفى الكافى : أمة بين رجلين قالا فى صحتهما هى أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحى بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم ، فإن قال الحى هى أم ولدى فهى أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لأنه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ، ولو قال هى أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبته لأنه إن صدق فهى حرة ، وإن كذب فكذلك لإقراره بعتقها بموته ، ولا سعاية للحى لأنه يدعى الضمان على الميت ، وكذا للورثة لأنهم يدعون عليه الضمان إن كذبوه فى إقراره ، وإن صدقوه فقد أقروا بعدم السعاية ، والله الموفق .

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى أن الهزل والإكراه لايؤثر فيه ، إلا أنه قدم على الكل النكاح لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم ، والطلاق رفعه بعد تحققه فإيلاؤه إياه أوجه . واختص الإعتاق عن الأيمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته إياه فى تمام معناه الذى هو الإسقاط ، وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية

الجارية : أى فى صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب ، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لأن حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة : إلا أن بمعارضة المكاتب إياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته ، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المآب .

كتاب الأيمان

المناسبات التى تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم ، وذكر الأيمان عقيب العتاق

كتاب الأيمان

(١) (قوله وفى غيرها الخ) بهامش نسخة العلامة البحراوى ، كذا فى النسخ الحاضرة ، ولعله وفى غيره : أى غير المحيط لايصح تدبيرها : أى تدبير أم الولد ، والله أعلم اهـ كتبه مصححه .

قال (الأيمان على ثلاثة أضرب) اليمين الغموس ،

فقدمه على اليمين. ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوّة لغة ، والأولان ظاهران. وشاهد القوة قوله تعالى ـ لأخذنا منه باليمين ـ وقول الشماخ وقيل الحطيئة :

رأيت عرابة الأوسى يسمو إلى الخيرات منقطع القرين
إذا ماراية رفعت لمجـد تلقاها عـرابة باليمـين

أى بالقوة ، ثم قولهم إنما سمى القسم يمينا لوجهين : أحدهما أن اليمين هو القوّة والحالف يتقوّى بالإقسام على الحمل أو المنع . والثانى أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك . يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوى جملة أولى إنشائية صريحة الجزءين يؤكد بها جملة بعدها خبرية ، وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه ، فإن الأولى هى المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظى وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلىّ عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن . وهو مثال أيضا لغير المصرح بجزءيها ومنه والله وتالله ، فإن الحرف جعل عوضا عن الفعل . وأسماء هذا المعنى التوكيدى ستة : الحلف ، والقسم ، والعهد ، والميثاق ، والإيلاء ، واليمين . وخرج بإنشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق . فإن الأولى ليست إنشاء فليست التعاليق أيمانا لغة ، وأما مفهومه الاصطلاحى فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية فى نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهر الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودى وإن دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرتنى فأنت حرّ ، وسببها الغائى تارة إيقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك ، فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله ، وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم ، وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات . ثم قيل : يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله » الحديث ، والأكثر على أنه لايكره لأنه لمنع نفسه أو غيره ، و محمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم . وركنها اللفظ الخاص . وأما شرطها فالعقل والبلوغ ، وحكمها الذى يلزم وجودها وجوب البر فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر ، ووجوب الحنث فى الحلف على ضدهما أو ندبه فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتى . وإذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب : يمين الغموس)

لمناسبتها له فى عدم تأثير الهزل والإكراه فيهما . واليمين فى اللغة القوّة ، قال الله تعالى « لأخذنا منه باليمين » وفى الشريعة : عقد قوىّ به عزم الحالف على الفعل أو الترك . وشرطها كون الحالف مكلفا . وسببها إرادة تحقيق ماقصده . وركنها اللفظ الذى ينعقد به اليمين . وحكمه البرّ فيما يجب فيه البرّ والكفارة عند فواته ، وإنما قيد بقوله فيما يجب البرّ فيه لأن من الأيمان مايجب فيه الحنث على ما سيأتى (والأيمان على ثلاثة أضرب) لأن اليمين بالله إما أن

(قوله وشرطها كون الحالف مكلفا) أقول : وفى البدائع : أى مسلما عاقلا بالغا ، فلا يصح يمين الكافر عندنا ، حتى إن الكافر إذا حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه ، خلافا للشافعى اهـ . وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لأنها عبادة والكافر ليس من أهلها ، وقوله خلافا للشافعى لأن الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف فى الدعاوى والخصومات ، وكذا يصح إيلاؤه (قوله لأن اليمين بالله الخ)

ويمين منعقدة ، ويمين لغو . فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه ، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذبا أدخله الله النار » (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه : فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى ، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة . ولنا أنها كبيرة محضة ،

والأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الإضافة أو يمين غموس ، وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة ، وما قيل هو كعلم الطب ردّ بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع ، وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الإثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم خلافه ، والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة . وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرّم الله عليه الجنة وأدخله النار » وفي الصحيحين « لقي الله وهو عليه غضبان » وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار » والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم : أي المحبوس عليها لأنها مصبور عليها (قوله ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما (وقال الشافعي رحمه الله : فيها الكفارة لأنها شرعت) في الأصل وهي المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) في الغموس فيتعدى إليه وجوبها (ولنا أنها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « الكبائر : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل

يكون فيها مؤاخذة أو لا ؛ فإن كانت فإما أن تكون دنيوية فهي المنعقدة ، أو أخروية فهي الغموس ؛ وإن لم تكن فهي اللغو (فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ؛ ألا ترى أنه إذا قال والله إنه لزيد وهو يعلم أنه ليس بزيد كان غموسا (فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذبا أدخله الله النار ») ولولا الإثم لما كان كذلك ، واسمه يدل على معناه لأنه ما سمي غموسا إلا لأنها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار . وقال شمس الأئمة السرخسي : اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة ؛ لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة ، والكبيرة ضد المشروع ، ولكن سماه يمينا مجازا لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحرّ بيعا مجازا لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله (ولا كفارة فيها ، لكن فيها التوبة والاستغفار . وقال الشافعي : فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذبا) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لقوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الكبائر لا كفارة فيهن – وذكر منها الغموس » ، وكل ما هو كبيرة

أقول : خص اليمين بالله بالذكر لأن الغموس واللغو لا يتصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق ، ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودي أو نصراني إن كان فعل كذا لشيء قد فعله فإنه غموس كما سيجيء مع أنه ليس يمينا بالله ، لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية صرح به في البدائع .

والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط بها ، بخلاف المعقودة لأنها مباحة ، ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ ، وما فى الغموس ملازم فيمتنع الإلحاق

النفس ، واليمين الغموس »(والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أى بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب) بأن يحنث فى موضع وجوب البر على ماذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما فى الغموس فامتنع الإلحاق . وحاصل هذا إبداء وصف فى الأصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار . ويجاب بأن الموجب فيه العود لانفس الظهار ، قال تعالى ـ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ـ وهو مباح لكونه إمساكا بالمعروف و بالإفطار فى رمضان ولو بخمر أو زنا . وأجيب : الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى ، ويجب الحدّ باعتبار أنهما فى أنفسهما كبيرة ، ولخصه آخر بأن ذلك حرام فى نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحدّ بالأول والكفارة بالثانى . ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا . وأجيب بأن عين الفعل ليس حراما ؛ حتى او فعله فى غير الإحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بإحرامه وبالحرم لا بنفسه ، وصحح شارح الإيراد ومنع نفى كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها ، وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضى تقييد قولهم المعصية لاتصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراما لعينه ومرجعه إلى التحسين والتقبيح فى الفعل لذاته ، وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جدا كأنه لايزيد على الكفر والظلم ، وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين فى نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم ، وهذا لايسقط من قلب المؤمن الحالف غموسا وإلا كانت كفرا ، وإنما روّج به باطله فقبحها ليس

محضة لاتناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لابد وأن تكون أمورا مباحة كما عرف فى الأصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها ، بخلاف المعقودة لأنها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة . وفيه بحث من أوجه : الأول لو كان ماذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض إجمالى . الثانى لما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لهالقوله عليه الصلاة والسلام« أتبع السيئة الحسنة تمحها » وهاتان معارضتان . والجواب عن الأول أن الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذى هو العزم على الوطء وهو مباح . وعن الثانى بأنه لايلزم من رفع الأضعف بشىء رفع الأقوى به . وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم « خمس من الكبائر لاكفارة فيهن » الحديث . وقوله (ولو كان فيها ذنب) جواب عما يقال المباح هو مالا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم . وتقريره : لو كان فى المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدإ لم يدخل فى السببية ويرفعها عند الطريان ، بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لايفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فيمتنع الإلحاق) أى إلحاق الغموس بالمنعقدة . وفى هذا الجواب

(قوله فلا تناط الغموس بها الخ) أقول : فيه قلب ، والمراد لاتناط بالغموس (قوله والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها) أقول : أنت خبير بأن الإباحة لاتعارض عدم الوجوب الذى هو مدعى الأصحاب ، والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها (قوله ويرفعها عند الخ) أقول : ضمير يرفعها راجع إلى المنعقدة .

(والمنعقدة مايحاف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لايفعله ، وإذا حنث فى ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ـ وهو ماذكرنا

إلا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك ، وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ماحرم لغيره . على أن كون حرمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لايفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ، ولو قيل لايلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة فى ذنب أخف شرعيتها كذلك فى ذنب أعظم كان أوجه . وللشافعى أيضا الغموس مكسوبة بالقلب ، والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ـ وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته ـ فبين أن المراد بها الكفارة . والجواب أن المؤاخذة مطلقا فى الآخرة فهى المراد بالمؤاخذة فى المكسوبة والمراد بها فى المعقودة الكفارة كما ذكرنا ، قالوا : الغموس داخلة فى المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة إلى زيادة تكلف . الجواب منع أنها معقودة لأنها ربط فى الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه فى المستقبل أو منعه منه ، فإذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر ، فإذا طابق الخبر برّ وانحلت ، ولا شك أن بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها مايحلها وهو مالو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد ، لأنه إذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع فى النكاح ، بخلاف مس السماء ونحوه فإنه لم يقارنها لأنها عقدت على أمر فى المستقبل إذ يحلها هو انعدامه فى المستقبل لا فى الحال ، وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لأن اليمين الشرعية تعقد للبرّ وهو غير ممكن فيها ، وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا ، وتسميتها يمينا مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية ، وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين الفاجرة» ونحوه على ماذكرناه . واعلم أن المعقودة عند الشافعى ليست سوى المكسوبة بالقلب ، وكون الغموس قارنها الحنث لاينفى الانعقاد عنده ، وكونها لاتسمى يمينا لأنها لم تنعقد للبرّ بعيد إذ لاشك فى تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لاتقبل التشكيك ، فليس الوجه إلا ماقدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لايستلزم شرعها لرفع أكبر ، وإذا أدخلها فى مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم إلى غموس وغيرها عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أوسمع . وقد روى الإمام أحمد فى مسنده بإسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث مطوّل قال فيه «خمس ليس لهن كفارة : الشرك بالله عز وجل ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت مؤمن ، والفرار من الزحف ، واليمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق» انتهى . وكل من قال لاكفارة فى الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها ، وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية ، وتقدم أن المصبورة المقضى بها لأنها مصبور عليها : أى محبوس ، والصبر حبس النفس على المكروه ، ومنه قتله صبرا إذا لم يكن فى حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه (قوله والمنعقدة مايحلف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لايفعله ، فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته ـ الآية) و «ما» فى قوله مايحلف مصدرية : أى الحلف على أمر فى المستقبل ، وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لاتسمى منعقدة ، ويقتضى أنها إما ليست بيمين وهو بعيد ، أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق ، وفى كلام شمس الأئمة مايفيد أنها من قبيل اللغو ، فإن أراد لغة فممنوع لأنه مالافائدة له فيه وفى هذا اليمين فائدة

تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقودة (والمنعقدة مايحلف على أمر فى المستقبل) وكلامه ظاهر .

(واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لايؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول : والله إنه لزيد وهويظنه زيدا وإنما هوعمرو ،والأصل فيه قوله تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم ـ الآية ، إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف فى تفسيره .

تأكيد صدقه فى خبره عند السامع ، وإن أراد دخولها فى اللغو المذكور فى الآية بحسب الإرادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ، ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف . والجواب أن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين (قوله ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه) مثل والله لقد دخلت الدار والله ماكلمت زيدا ونحوه ، ويدخل فى ذلك الأفعال كما ذكرنا والصفات . ومن الثانى مافى الخلاصة : رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم أنه كان يعلم أرجو أن لايحنث (فهذه اليمين نرجو أن لايؤاخذ الله بها صاحبها) وإنما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع أنه مقطوع به فى كتاب الله تعالى حين قال ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ـ للاختلاف فى معنى اللغو ، ففسره محمد بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد . وقال الشافعى : كل يمين صدرت عن غير قصد فى الماضى وفى المستقبل . وهومباين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه ، كما قال : لا يكون إلا عن قصد ، وهو

وقوله (إلا أنه علقه بالرجاء) إشارة إلى ما قال فى المبسوط . فإن قيل : فما معنى تعليق محمد نفى المؤاخذة فى هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لايؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة فى اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به ؟ قلنا نعم ، ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها ، وإنما علق بالرجاء نفى المؤاخذة فى اللغو بالصورة التى ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنص ، وما ذكر فى الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبى أوفى ، وعن ابن عباس فى إحدى الروايتين . وروى عن محمد أنه قال : هو قول الرجل فى كلامه لا والله وبلى والله ، وهو قريب من قول الشافعى رضى الله عنه ، فإن عنده اللغو مايجرى على اللسان من غير قصد سواء كان فى الماضى أو فى المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله عنهما . وروت عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى تفسير اللغو : لا والله وبلى والله . وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضى ، فإن اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر فى الماضى خال عن فائدة اليمين لأن فائدتها المنع أو الحمل وذلك لايتحقق فى الماضى فكان لغوا ، ، أما فى الخبر فى المستقبل فعدم القصد لايعدم فائدة اليمين ، وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد فى اليمين سواء . ولقائل أن يقول فى حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور فى الكتاب نظر ، لأن قول الرجل والله إنى لقائم الآن فى حال قيامه مثلا يمين ، وليس من الضروب المذكورة فى الكتاب على التفسير المذكور . ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها ، وإنما

(قوله وذلك غير معلوم بالنص) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله نفى المؤاخذة الخ (قوله قال فى تفسير اللغو لا والله الخ) أقول : فى باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام (قوله لأن فائدتها المنع الخ) أقول : ولأحد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع لخبر الحالف كما فى الأيمان الصادقة على الأمور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لاغيا ، ثم لو صح ماذكر لكان الغموس لغوا أيضا (قوله ولقائل أن يقول فى حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور فى الكتاب نظر الخ) أقول : وفى أول كتاب الأيمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة مايصلح أن يكون جوابا عن هذا الإشكال فراجعه (قوله لما مر من تعريفها) أقول : فيه أن الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضا إلا أنه كلام على السند الأخص .

قال (والقاصد فى اليمين والمكره والناسى سواء)حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، واليمين »

رواية عن أحمد ، وهومعنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله . وقال الشعبى ومسروق : لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه . وقال سعيد بن جبير : أن يحرّم على نفسه ما أحلّ الله له من قول أوعمل . فلما اختلف فى معنى اللغو علقه بالرجاء . والأصح أن اللغوبالتفسيرين الأولين وكذا بالثالث متفق علىعدم المؤاخذة به فىالآخرة ، وكذا فى الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء ، فالأوجه ماقيل إنه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لأهل المقابر : «وإنا إن شاء الله بكم لاحقون » . وأما التفسير الرابع فغيرمشهور ، وكونه لغوا هو اختيار سعيد (قوله والقاصد فى اليمين والمكره عليه والناسى) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر أنه تلفظ به . وفى بعض النسخ : الخاطئ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين ، فإذا حنث لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، واليمين ») هكذا ذكره المصنف ، وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق ، والمحفوظ حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وقد ورد حديث العتاق فى مصنف عبد الرزاق من حديث أبى ذرّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز » وروى ابن عدى فى الكامل من حديث أبىهريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشىء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح » وأخرج عبد الرزاق عن علىّ وعمر موقوفا أنهما قالا « ثلاث لا لعب فيهن : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » وفى رواية عنهما «أربع » وزاد «والنذر » ولا شك أن اليمين فىمعنى النذر فيقاس عليه . واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا ، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا ، والناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ماصنع ، وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشىء آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نصا ولا قياسا ، وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو أن يقصد اليمين مع ظن البرّ ليس لها حكم اليمين ، فما

هذا قسم وهو جملة إنشائية أكدت بها جملة أخرى (والقاصد فى اليمين والمكره والناسى) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسيا . وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى ، وهو أن يريد أن يسبح مثلا فيجرى على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، واليمين ») فإن قلت : اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهومن الأفعال الاختيارية فكيف يكون الناسى فيه كالقاصد ؟ قلت : ذلك هوالقياس وقد ترك بالنص . لايقال : النص معارض بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث لأنه مجمل ونص اليمين مفسر .

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول : وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدهن جد » الحديث .

والشافعي رحمه الله يخالفنا فى ذلك ، وسنبين فى الإكراه إن شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لأن الفعل الحقيقى لاينعدم بالإكراه وهو الشرط ، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ، ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لاعلى حقيقة الذنب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

لم يقصده أصلا بل هو كالنائم يجرى على لسانه طلاق أو عتاق لاحكم له أولى أن لايكون لها حكم اليمين . وأيضا فتفسير اللغو المذكور فى حديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله ، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذى فسروا به الناسى فإن المتكلم كذلك فى بيته لايقصد التكلم به بل يجرى على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه ، ولو لم يكن إياه كان أقرب إليه من الهازل ، فحمل الناسى على اللاغى بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل ، وهذا الذى أدينه وتقدم لنا مثاله فى الطلاق فلا تكن غافلا (قوله والشافعى يخالفنا فى ذلك) فيقول لاتنعقد يمين المكره ولا الناسى ولا المخطئ للحديث المشهور « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قال المصنف (وسنبين ذلك فى الإكراه إن شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزى فى التحقيق للشافعى وأحمد رضى الله عنهما فى عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطنى عن واثلة بن الأسقع وأبى أمامة قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس على مقهور يمين » ثم قال عنبسة ضعيف . قال صاحب تنقيح التحقيق : حديث منكر بل موضوع ، وفيه جماعة لايجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا . وعن كل من الشافعى وأحمد روايتان يحنث ولايحنث ، وهو الأصح عند الشافعى للحديث المذكور وقد مرّ جوابه فى طلاق المكره من كتاب الطلاق ، وهذا (لأن الفعل الحقيقى لاينعدم بالإكراه وهو الشرط) يعنى بالشرط السبب لوجوب الكفارة لأن الحنث هو السبب عندنا ، وإنما يناسب حقيقة مذهب الشافعى لأن السبب عنده اليمين والحنث شرط على ماعرف . والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا وبالنسيان والإكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة

وقوله (والشافعى يخالفنا فى ذلك) يعنى فى وجوب الكفارة على المكره والناسى (وسنبين فى الإكراه إن شاء الله تعالى ، ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أومكرها فهو سواء) أى فهو ومن فعله مختارا سواء . تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لأن شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لأنه لاينعدم بالإكراه ، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسى . وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة فى إيجاب الكفارة رفع الذنب ، والمغمى عليه والمجنون لاذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة . وتقريره : الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب ، كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لامع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلا بأن اشترى جارية بكرا أواشتراها من امرأة . ولقائل أن يقول : إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمرا خفيا فى الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور

(قوله ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول : والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا ، والتفصيل فى كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه إن شئت .

(باب مايكون يمينا وما لايكون يمينا)

قال (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لأن الحلف بها متعارف ، ومعنى اليمين وهو القوّة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا .

فيخرجها عنه وليه أو هو إذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط : أى السبب حقيقة . وقوله ولو كانت الحكمة فى إيجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر هو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ، ولا ذنب على الحانث إذا كان مغمى عليه أو مجنونا . فأجاب بأن الحكمة لايجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضررا ، كما فى الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض ، سواء كان ذلك الوهم حاصلا أو لا كما فى شراء الأمة الصغيرة التى لم تبلغ حدّ البلوغ . وأما قولهم كما فى شراء الأمة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لأن التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم أن ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك فى موضع يجب فيه الحنث أو يندب ، والله أعلم.

(باب مايكون يمينا وما لايكون يمينا)

(قوله واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل ، والاسم الآخر كالرحمن

المدلول فى بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول فى هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

(باب مايكون يمينا وما لايكون يمينا)

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين مايكون يمينا من الألفاظ وما لايكون يمينا (واليمين بالله) أى بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة . والصفة على نوعين : صفة ذات وصفة فعل ، لأنه إما أن يجوز الوصف به وبضده أو لا . والثانى صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم . والأول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ، ومشايخنا العراقيون على أن الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ، ويلزمهم أن يكون وعلم الله يمينا ، واعتذروا بأنه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم ، ومشايخ ماوراء النهر على أن الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين ، وهو مختار المصنف رحمه الله . يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا . وقوله لأن الحلف بها متعارف (قوله ومعنى اليمين وهو القوّة الخ) ذكره استظهارا لأنه لما بنى الأيمان على

. . . .

والرحيم والقدير ، ومنه والذى لاإله إلا هو . وربّ السموات والأرض وربّ العالمين ومالك يوم الدين والأول الذى ليس قبله شيء والآخر الذى ليس بعده شيء ، وإذا قالوا فى قوله والطالب الغالب إنه يمين لأنه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم ، إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب فى قوله تعالى ـ والله غالب على أمره ـ وإما كونه بناء على القول المفصل فى الأسماء ، ويفيد قوله آخر أنه لابد من كونه اسما خاصا ، فلو قال واسم الله وهو عام يقتضى أن لايكون يمينا ، والمنقول أنه لو قال باسم الله ليس بيمين . وفى المنتقى رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين فليتأمل عند الفتوى . ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك فى الخلاصة . وقوله أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا قيد فى الصفة فقط ، فأفاد أن الحلف بالاسم لايتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وهو قول مالك وأحمد والشافعى فى قول . وقال بعض مشايخنا : كل اسم لايسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين ، وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فإن أراد به يمينا فهو يمين ، وإن لم يرد به فليس يمينا ، ورجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لايتعين إرادة أحدهما إلا بالنية . وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذى لايتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزّة والكبرياء والعظمة ، بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل أو الذات ، وهو قول مشايخ ما وراء النهر ، ولهذا قال محمد فى قولهم : وأمانة الله أنه يمين ، ثم سئل عن معناه فقال لاأدرى لأنه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين . ووجهه أنه أراد معنى والله الأمين ، فالمراد الأمانة التى تضمنتها لفظة الأمين كعزّة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك ، وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ، ويزداد العلم بأنه يراد به المعلوم . فقول الشيخ أبى المعين فى تبصرة الأدلة إن الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الأصل ، بل هو على محاذاة قول القائلين فى الأسماء إن ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره إن أراد به الله تعالى كان يمينا وإلا لا ، فجعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفته القائمة به فهو يمين وإلا لا . لايقال : مقتضى هذا أن يجرى فى قدرة الله مثله ، إن أريد به الصفة كان يمينا أو المقدور على أن يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف : أى أثر قدرته لايكون يمينا وليس المذهب ذلك . لأنا نقول : إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل فى الإرادة . ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يمينا أو بصفات الفعل لايكون يمينا ، وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف بأضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزّة . وصفات الفعل ما يصح أن يوصف بها وبأضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط . وقالوا : ذكر صفات الذات كذكر الذات ، وذكر صفات الفعل ليس كالذات . قيل يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله . والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره ، وهذا لأن الغير هو مايصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود . ولا يخفى أن هذا اصطلاح محض لاينبغى أن يبتنى الفقه باعتباره . وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه ، بل صفة الذات مطلقا

. . . .

قال (إلا قوله وعلم الله فإنه لايكون يمينا) لأنه غير متعارف ، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم : يقال اللهم اغفر علمك فينا : أى معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لأن الحلف بها غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بها أثره وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

يحلف بها تعورف أو لا ، وصفة الفعل لايحلف بها ولو تعورف ، وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هؤلاء ، وعلى اعتبار العرف لايكون يمينا لأنه لم يتعارف الحلف بها وإن كانت من صفات الذات . وقال بعضهم : الأسماء التى لايسمى بها غيره كربّ العالمين والرحمن ومالك يوم الدين إلى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحالف بها يمينا بكل حال ، وكذا الصفات التى لاتحتمل أن تكون غير صفاته كعزّة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة إلى عرف فيها ، بخلاف الأسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحىّ والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف ، وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا ، كما يقال اللهم اغفر علمك فينا ، وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ، ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ، ووجه الله يمين إلا إن أراد الجارحة (قوله إلا قوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى أن علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه ، وليس كذلك لأنه علله بأنه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لأنه لم يدخل . وأورد على تعليله الثانى القدرة فإنها تذكر ويراد بها المقدور . وأجيب بالمنع فإن المقدور بالوجود خرج عن أن يكون مقدورا لأن تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل إرادته بالحلف . وقيل الوجود معدوم ولاتعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكف المراد بالحلف بالقدرة إلا الصفة القائمة بذاته تعالى ، بخلاف العلم إذا أريد به المعلوم فإنه لايخرج المعلوم عن أن يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق . وهذا يوجب أن لاتصح إرادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح . أما وقوعا فقالوا انظر إلى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا إلا الموجود . وأما تحقيقا فلأن القدرة فى المقدور إذا كان مجازا لايمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ماكان فيكون لفظ قدرة فى المقدور بعد الوجود مجازا فى المرتبة الثانية . نعم الحق أن لاموقع للتعليل الثانى لأن تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس إلا على قول معتبرى العرف وعدمه فى اليمين ، فالتعليل ليس إلا بنفى التعارف فيه ، وأما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لأن العلم من صفات الذات فلا معتبر بأنه يراد بالصفة المفعول

العرف كان وجوده مغنيا عن النظر إلى غيره . وقوله (إلا قوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا . فإن اليمين به إذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا ، والكلام فى قوله ولأنه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام فى قوله ومعنى اليمين وهو القوّة حاصل فى أنه مذكور للاستظهار. نعم العراقيون يحتاجون إلى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم . وقوله (لأن الرحمة قد يراد بها أثرها) منقوض بقدرة الله تعالى لأنه يقال انظر إلى قدرة الله تعالى والمراد أثره ، وإلا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها . والحق أن مبنى الأيمان على العرف ، فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا ، والحلف بقدرة الله تعالى متعارف ، وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد : وأمانة الله يمين ، ثم لما سئل عن معناه قال : لاأدرى . فكأنه وجد العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كأنه قال

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » (وكذا إذا حلف بالقرآن) لأنه غير متعارف ، قال رضى الله تعالى عنه : معناه أن يقول والنبي والقرآن ، أما لو قال أنا برىء منهما يكون يمينا لأن التبرى منهما كفر. قال(والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لأن كل ذلك معهود فى الأيمان ومذكور فى القرآن

على القولين فلا موقع للتعليل به (قوله من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ») متفق عليه . قال(وكذا إذا حلف بالقرآن) لأنه غير متعارف . قال (ومعناه أن يقول والنبي والقرآن) أما إذا حلف بذلك بأن قال أنا برىء من النبي والقرآن كان يمينا لأن التبرؤ منهما كفر فيكون فى كل منهما كفارة يمين كما سيأتى وكذا إذا قال هو برىء من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا ،وكذا هو برىء من الإسلام إن فعل كذا ، وبحرمة - شهد الله - أولا إله إلا الله ليس يمينا . ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو برئ مما فيه إن فعل ففعل تلزمه الكفارة. ثم لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الأئمة الثلاثة ، وتعليل عدم كونه يمينا بأنه غيره تعالى، لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بأن القرآن كلام الله منزّل غير مخلوق. ولا يخفى أن المنزل فى الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه ، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقا . وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف ، وأما الحلف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك إن اعتقد أن البرّ واجب فيه يكفر . وفى تتمة الفتاوى قال علىّ الرازى : أخاف على من قال بحياتى وحياتك أنه يكفر ، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمون لقلت إنه شرك . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : لأن أحلف بالله كاذبا أحبّ إلىّ من أن أحلف بغير الله صادقا (قوله والحلف بحروف القسم إلى قوله ومذكور فى القرآن) قال تعالى - فورب السماء والأرض إنه لحق - والله ربنا ما كنا مشركين - وقال تعالى

والله الأمين (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل أن يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر ») روى مالك فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير فى ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا برىء منه يكون يمينا لأن التبرّى منهما) أى من النبي والقرآن(كفر) ولقائل أن يقول : سلمنا أن التبرى منهما وكذا من كل كتاب سماوى كفر، لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها ، ألا ترى أنه لو قال بحياتك لأفعلن كذا واعتقد أن البرّ به واجب كفر وليس بيمين . والجواب سيجىء عند قوله إن فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى. قال (والحلف بحروف القسم) الحلف بالله إنما يكون بحرف القسم ظاهرا أو مضمرا ، وبحث حروف القسم وكون

(قوله مثل أن يقول والنبى والقرآن الخ) أقول : القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فإنه من صفاته الأزلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبى والكعبة فى قرن بل ذكره مستقلا وعلله بعدم التعارف فليتأمل (قوله ألا ترى) أقول : فى التنوير بحث ، إلا أنه من قبيل الكلام على السند .

(وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا) لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازا ، ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض ، وقيل يخفض فتكون الكسرة دلالة على المحذوف ، وكذا إذا قال لله فى المختار لأن الباء تبدل بها ، قال الله تعالى ـ آمنتم له ـ أى آمنتم به .

ـ تالله لقد أرسلنا رسلا ـ الآية ، ومثل للباء بقوله تعالى ـ بالله إن الشرك لظلم عظيم ـ وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله ـ لا تشرك ـ ثم قالوا الباء هى الأصل لأنها صلة الحلف ، والأصل أحلف أو أقسم بالله وهى للإلصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ، ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ، ولأصالتها دخلت فى المظهر والمضمر نحو باك لأفعلن ، ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهى ما فى الإلصاق من الجمع الذى هو معنى الواو فالكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لأنهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا منها كما فى تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر إلا على اسم الله تعالى خاصة ، وما روى من قولهم تربى وترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك .

[فرع] قال باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه ، والمختار ليس يمينا لعدم التعارف ، وعلى هذا بالواو إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الإضمار ، والفرق أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف ، وعلى هذا فينبغى أن يكون فى حالة النصب الحرف محذوفا لأنه لم يظهر أثره . وفى حالة الجرّ مضمرا لظهور أثره وهو الجر فى الاسم . وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض ، ، وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحلوف ظاهر فى نقل الخلاف فى ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال : النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ، ونظر فيه بأنهما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف . وحكى الرفع أيضا نحو الله لا أفعلن على إضمار مبتدإ ، والأولى كونه على إضمار خبر لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بأن يكون مبتدأ والتقدير الله قسمى أو قسمى الله لأفعلن ، غير أن النصب أكثر فى الاستعمال . وقوله فى النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتزاع الخافض : أى بالفعل عنده . وأما الجرّ فلا شك أنه بالحرف المضمر ، وهو قليل شاذ فى غير القسم كقوله :

إذا قيل أىّ الناس شرّ قبيلة ... أشارت كليب بالأكف الأصابع

أى إلى كليب (قوله وكذلك إذا قيل لله لأن الباء تبدل بها) أى باللام قال تعالى ـ آمنتم له ـ آمنتم به ـ والقصة

الباء أصلا وغيرها بدلا وجواز إضمار الحروف والنصب بعد الإضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية فى الأصل ، والأصولى يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل إلى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وأن يكون قد حاف ذلك ورآه . والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحلوف ، والمصنف ذكر الإضمار فى الرواية والحذف فى التعليل بطريق المساهلة كذا فى النهاية . ويجوز أن يقال أطلق الإضمار بالنظر إلى الجر والحذف بالنظر إلى النصب . وقوله (وكذا إذا قال لله فى المختار) احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه لو قال لله علىّ أن لا أكلم فلانا أنها ليست بيمين ، إلا أن ينوى لأن الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ، ولا أثر لتغيير الإعراب فى المقسم به نصبا وجرا فى منع صحة القسم لأن العوام لا يميزون بين

وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قال وحق الله فليس بحالف ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ،إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله ، قالوا : ولو قال والحق يكون يمينا . ولو قال حقا لايكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد

واحدة . أورد عليه أنها لاتبدل بها بمعنى أن توضع مكانها دالة على عين مدلولها ، وفى الآيتين المعنى مختلف ، فإن قوله تعالى - آمنتم له - أى صدقتموه وانقدتم إليه طاعة - وآمنتم به - لايفيد تلك الزيادة ، ولوسلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لايلزم فى كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه فى القسم ، ولا تستعمل اللام إلا فى قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس : دخل آدم الجنة فلله ماغربت الشمس حتى خرج . وكقولهم : لله لايؤخر الأجل ،فاستعمالها قسما مجردا عنه لايصح فى اللغة إلا أن يتعارف كذلك . وقوله فى المختار احتراز عما عن أبى حنيفة أنه إذا قال لله على أن لا أكلم فلانا أنها ليست بيمين إلا أن ينوى لأن الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ، ولم يذكر فى كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز ، لأن لفظ فى المختار فى بعض النسخ لاكلها فكان الواقع لهم ماليس هو فيه . هذا ولا فرق فى ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما فى المحيط فيما إذا أسكن من أنه لايكون يمينا إلابالنية لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقودا بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية فى اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبى يوسف) وعنه أى عن أبى يوسف (رواية أخرى أن يكون يمينا) يعنى إذا أطلق لأن الحق من صفات الله تعالى وقد عد فى أسمائه الحسنى ، قال تعالى - ولو اتبع الحق أهواءهم - (وهو حقيته) أى كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال : والله الحق (والحلف به متعارف) فوجب كونه يمينا ، وهذا قول الأئمة الثلاثة حتى قال أحمد : لايقبل قوله : يعنى فى عدم اليمين لأنه انصرف بعرف الاستعمال إلى اليمين فانصرف الحق إلى مايستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى (قوله ولهما أنه) أى حق الله (يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه) وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لايتبادر سواه إذ يعلم أنه لايخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا ، والمعدود من الأسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام : وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بأنه يمين بأنه تقدم أن ماكان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف ، وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته ، وإذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف ، فإن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة فى الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره ، وقد بينا أن لفظ حق لايتبادر منه ماهو صفة الله بل ماهو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة ، وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل للنبى عليه الصلاة والسلام : ماحق الله تعالى على العباد؟ فقال : أن لايشركوا به شيئا إلى آخره ؛ كما وقع لبعض الشارحين فليس بشىء لأن صلته بلفظ على العباد يبين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفته ، والكلام فى لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه ، فليس الوجه إلا ماذكرنا (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) أى بالإجماع ، كذا ذكره غير واحد . واعترضه

وجوه الإعراب . وقوله (قال أبو حنيفة) ظاهر . وقوله (والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد الفرق بين والحق

(ولو قال أقسم أوأقسم بالله أوأحلف أو أحلف بالله أوأشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لأن هذه الألفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين ، قال الله تعالى - قالوا نشهد إنك لرسول الله - ثم قال - اتخذوا أيمانهم جنة - والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ، ولهذا قيل لايحتاج إلى النية ، وقيل لابد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى - فماذا بعد الحق إلا الضلال - فلما جاءهم الحق من عندنا - فكيف يكون يمينا بلا خلاف ، لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا وإلا فلا انتهى . وأنت علمت أنه إذا ثبت كونه اسما له تعالى لايعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره ، وإنما ذلك القول المقابل للمختار. وأما على قول المفصل بين أن يريد به اليمين وأن لايريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا لابدليل ، وبه يندفع قول أبى نصر إن نوى بالحق اليمين كان يمينا وإلا فلا ، ولا يلزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لاعبرة بخلاف غير المجتهدين فى انعقاد الإجماع . ولو قال حقا بأن قال حقا علىّ أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لأن الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد ، وما نقل عن الشيخ إسماعيل الزاهد والحسن بن أبى مطيع أنه يمين لأنه لم يضفه إلى الله تعالى فصار كالحق مردود بأن المنكر ليس اسما لله تعالى ، ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخى إن قوله بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به ، وضعفه لما علمت أنه مثل وحق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يمينا فكذا بحق الله (قوله ولو قال أقسم الخ) إذا حلف بلفظ القسم فإما بلفظ الماضى أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى

وحقا بأن المعرف اسم من أسماء الله تعالى ، قال الله تعالى - ولو اتبع الحق أهواءهم - والحلف به متعارف فيكون يمينا . وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال : أفعل هذا الفعل لامحالة ، وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين (ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله) ظاهر . واعترض بأن اليمين ماكان حاملا على فعل شىء أو تركه موجبا للبرّ ، وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البرّ . ثم قوله أقسم لايكون موجبا من البرّ شيئا بمجرده لأنه لم تنعقد يمينه على فعل شىء أو تركه فكيف يكون يمينا ، ولأن الكفارة إنما تكون لستر الذنب الذى وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس فى أقسم مجردا هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ، ولأن قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هى للحال كذلك تكون للاستقبال ، فلو وجبت الكفارة من حيث أنها للحال لم تجب من حيث أنها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لاسيما فى حق الكفارة فإنها ملحقة بالحدود حتى إنها إذا اجتمعت تداخلت كالحدود . وأجيب بأنه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها . ووجه ذلك أن كلمة علىّ للإيجاب واليمين لايوصف بالوجوب ، وإنما موجبه يوصف بذلك وموجبه البرّ وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه إقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الإلغاء ، وكذلك قوله أقسم إخبار عن القسم فى الحال وما ثم قسم لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شىء فيجعل إقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك ، وإذا كان إقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا إلى جعل تلك الصيغة للاستقبال ، وهذا كما ترى يشير إلى أنه قال علىّ يمين أو أقسم ولم يزد على ذلك ،

أو بصفته أو لا ، فإذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن وكذا عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف ، وإذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا ، وعند الشافعي لايكون يمينا إلا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعدا . ووجه قولنا إن هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال على ماتقدم في العتق للمصنف ، ولهذا لاينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته. وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا إله إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال للعلم بأن ليس المراد الوعد بالشهادة ، وكذا قول الشاهد أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هي للمستقبل ، ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه ، وإن ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو يمين نوى أو لم ينو ، وهو رواية عن أحمد . وقال زفر : إن نوى يكون يمينا وإلا لا . وقال الشافعي : ليس بيمين نوى أو لم ينو، وهو رواية أخرى عن أحمد . وقال مالك : إذا نوى في قوله أقسم بالله الخ يكون يمينا ، وإن أطلق فلا . وجه قولهم أن أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينا ، وكذا يحتمل العدة والإنشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل ، وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يمينا وإلا فلا . وجوابه ماذكره المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه ، ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه : أي إلى الحلف بالله ولهذا قيل لايحتاج إلى النية ، وقيل لابد من النية لاحتمال العدة : أي لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب . ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو : يعني إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئا . أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لايكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حالفا لمن يستحق اليمين عليه شرعا فإن اليمين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ . وقد وقع في هذه المسئلة تخبط في موضعين أشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية أن مجرد قول القائل : أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث إذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على فعل شيء أو تركه موجبا للبرّ وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة ، فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيئا من البرّ بمجرده لأنه لم يعقد يمينا على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يمينا ولأن الكفارة

أما إذا قال أقسم لأفعلن كذا أو عليّ يمين أن أفعل كذا لايصح إقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وهو موجود ، والعادة قد جرت باليمين به ، قال الله تعالى ـ إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ـ وقال تعالى ـ وأقسموا بالله جهد أيمانهم ـ وقال تعالى ـ يحلفون لكم لترضوا عنهم ـ وقال تعالى ـ يحلفون بالله لكم ليرضوكم ـ وقال تعالى ـ قالوا نشهد إنك لرسول الله ـ وقال تعالى ـ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ـ فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك ، وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله . ثم اختلف في النية إذا لم يذكر اسم الله تعالى ، فقيل لايحتاج إليها ، وقيل لابد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

(قوله قال الله تعالى ـ إذ أقسموا ـ الخ) أقول : في تمام الاستدلال بقوله تعالى ـ إذ أقسموا ـ وقوله تعالى ـ يحلفون لكم ـ بحث، تأمل (قوله وقيل لابد منها الخ) أقول : وسيجيء في الشارح في أوائل كتاب البيع مايدفع هذا القول .

لستر ذنب هتاك حرمة الاسم ، وليس فى أقسم مجرد أهتاك فكيف يوجب الكفارة . ثم أجاب بأن قوله أقسم الحق بقوله علىّ يمين فإن ذلك يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها فقال : لو قال علىّ يمين أو يمين الله فهو يمين ، وفى المنتقى : لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وإن نفى الكفارة صريحا لأن قوله علىّ يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها : ثم قال : وإنما كان كذلك لأن كلمة علىّ للإيجاب ، فلما كان كذلك كان هذا إقرارا عن موجب اليمين وموجبها البرّ إن أمكن وإلا فالكفارة ، ولم يمكن تحقيق البرّ ههنا لأنه لم يعقد يمينه على شىء فكان إقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة ، وبالإقرار يجب الحد فكذا الكفارة ، وكذا فى قوله علىّ نذر فيه كفارة يمين على مايجىء بعد هذا . فلما كان كذلك فى قوله علىّ يمين وعلىّ نذر كان فى قوله أقسم عند قران النية بالقسم كذا لأن أصله الحال فى استعمال الفقهاء . ثم قال : وحاصل ذلك أن قوله أقسم لما كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوّر هتاك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر المقسم عليه . وما ذكر فى الذخيرة من أن قوله على يمين موجب للكفارة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين ، ولا شك فى ذلك ؛ وإنما ترك ذلك للعلم به ، فإن المقصود الذى يحتمل أن يخفى هو أن قوله علىّ يمين هل يجرى مجرى قول القائل والله أو لا . فأما أن بمجرد ذكر ذلك يحتمل أن تجب الكفارة فلا خفاء فيه فيحتاج إلى التنصيص عليه . ألا يرى إلى قول محمد فى الأصل وإن حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال والله أو بالله أو علىّ عهد الله أو ذمته أو هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الإسلام أو قال أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو علىّ نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو علىّ يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك ، ثم قال : فهذه كلها أيمان ، وإذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة . وقد ذكر منها هو يهودى أو نصرانى ، وأن يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها أنه يمين ، ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله والله أو قوله هو يهودى تلزمه الكفارة ، بل صرح باشتراط الحنث فى كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله وإذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ، ولأن من الظاهر أن مجرد الإقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة إلا إن كان فى القضاء لأنه يؤاخذ بإقراره ، وليس الكلام فى أن يقول : أقسمت عند القاضى بل لو أقرّ به كان سبيله أن يفتيه بقوله إن كنت صادقا فعليك الكفارة ، وإنما الكلام فى الحنث فى اليمين وهو الإنشاء ، والحق أن قوله علىّ يمين إذا لم يزد عليه على وجه الإنشاء لا الإخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتى فى قوله علىّ نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا ، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء . والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى ـ يحلفون لكم لترضوا عنهم ـ وقوله تعالى ـ إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ـ ولا يخفى على أحد أن قوله أقسموا إخبار عن وجود قسم منهم ؛ وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها ، فإنهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح أن يقال فى الإخبار عنهم أقسموا ليصرمنها ، ومثله فى ـ يحلفون لكم لترضوا عنهم ـ لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى ؛ وإنما استدل على ذلك بحديث « الذى رأى

(ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا) لأنه للحال . ولو قال سوكند خورم قيل لايكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لايكون يمينا لعدم التعارف . قال (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لأن عمر الله بقاء الله ، وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين ، وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لأن العهد يمين . قال الله تعالى ـ وأوفوا بعهد الله ـ والميثاق عبارة عن

رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أبو بكر ائذن لى فلأعبرها فأذن له فعبرها ، ثم قال : أصبت يارسول الله ، فقال أصبت وأخطأت ، فقال أقسمت يارسول الله لتخبرنى ، قال لاتقسم، هكذا رواه أحمد وهو فى الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولو قال بالفارسية سوكندمى خورم بخداى يكون يمينا) لأنه للحال لأن معناه أحلف الآن بالله ، ولو قال سوكند خورم قيل لايكون يمينا لأنه مستقبل ، ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم : يعنى أحلف بطلاق زوجتى لايكون يمينا لعدم التعارف فى الطلاق كذلك (قوله وكذا قوله لعمر الله وأيم الله) يعنى يكون حالفا كما هو حالف فى أقسم بالله وأخواته لأن عمر الله بقاؤه ، وفيه ضم العين وفتحها إلا أنه لايستعمل المضموم فى القسم ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط ، بخلاف عمرو العلم فإنها ألحقت للفرق بينه وبين عمر ، والبقاء من صفة الذات على مامر من قاعدته وهو أن يوصف به لا بضده ، فكأنه قال : وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه ، وإذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر : أى لعمر الله قسمى ، وإن لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله مافعلت ويكون على حذف حرف القسم كما فى الله لأفعلن ، وأما قولهم : عمرك الله مافعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء ، وينبغى أن لاينعقد يمينا لأنه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده ، وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الأكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضا فقيل م الله لأفعلن كذا فيكون ميما واحدة ، وبهذا نفى سيبويه أن يكون جمعا لأن الجمع لايبقى على حرف واحد ، ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع ، وإنما وصلت فى الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ، ومذهب سيبويه أنها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الأسماء الساكنة الأوائل ، وإنما كان كل منهما يمينا لأن الحلف بهما متعارف ، قال تعالى ـ لعمرك إنهم لفى سكرتهم يعمهون ـ وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث إمارة أسامة بن زيد حين طعن بعض الناس فى إمارته « إن كنتم تطعنون فى إمارته فقد كنتم تطعنون فى إمارة أبيه من قبل ، وايم الله إن كان لخليقا للإمارة » الحديث فى البخارى (قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعنى إذا أطلق عندنا ، وكذا عند مالك وأحمد ، وعند الشافعى لايكون يمينا إلا بالنية ، لأن العهد والميثاق

قال (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله أقسم الخ . والعمر بالفتح والضم البقاء إلا أن الفتح غلب فى القسم لايجوز فيه الضم . قال فى المبسوط : لعمر الله يمين باعتبار المعنى ، قال الله تعالى ـ لعمرك ـ والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقى (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين ، وقال البصريون : معناه والله وكلمة أيم صلة : أى كلمة مستقلة كالواو والبحث فى قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية . قوله (والحلف باللفظين) يريد به قوله لعمرك وايم الله (متعارف) يحلف بهما فى العادة ولم يرد نهى من الشرع فيكون يمينا . وقوله (وكذا قوله بعهد الله وميثاقه) ظاهر . ومن قال على نذر أو نذر الله أن لا أفعل كذا كان يمينا

(قال المصنف : وكذا قوله لعمرو الله وايم الله) أقول : قال العلامة الطيبى فى شرح المشكاة فى كتاب الأيمان والنذور نقلا عن المغرب :

العهد (وكذا إذا قال على نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين »

يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية ، وقوله تعالى - وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان - لايفيد أن العهد يمين لجواز كونهما شيئين : الأمر بالإيفاء بالعهد ، والنهى عن نقض الأيمان المؤكدة بأى معنى فرض النقض فاستدلالهم على أنها عين لايتم ، وهذا لأن إيجاب الوفاء بالعهد لايستلزم إيجاب الكفارة بإخلاف ماعقد عليه إلا لو ثبت فى مكان آخر فى الشرع أنه كذلك . قلنا : إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالأيمان هى العهود المتقدم ذكرها أو ما هو فى ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يمينا وإن لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يمينا وإن لم يكن فيه ذلك ، وأيضا غلب الاستعمال لهما فى معنى اليمين فيصرفان إليه فلا يصرفهما عنه إلا نية عدمه ، فالحالات ثلاثة : إذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين ، وإن قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذا الذمة والأمانة كأن يقول : وذمة الله أو وأمانة الله لأفعلن . واستدل على كونها يمينا بأنه صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث جيشا يقول « إذا حاصرتم أهل حصن أومدينة فأرادوكم على أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم » فدل على أنها يمين ، ولا يخفى أنه لايستلزم ذلك ، والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ، ولهذا يسمى الذمى معاهدا ، والأمانة على هذا الخلاف . فعندنا ومالك وأحمد هو يمين ، وعند الشافعى بالنية لأنها فسرت بالعبادات . قلنا : غلب إرادة اليمين بها إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة . واعلم أن فى سنن أبى داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف بالأمانة فليس منا » فقد يقال إنه يقتضى عدم كونه يمينا . والوجه أنه إنما يقتضى منع الحلف به ، ولا يستلزم ذلك أنه لايقتضى الكفارة عند الحنث والله أعلم . ولو قال على عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد ، ولو حنث لزمته كفارة واحدة . وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لأن كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا إذا كرّر الواو ، كما لو قال والله والرحمن والرحيم إلا فى رواية الحسن عن أبى حنيفة . وعند الشافعى إذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الأيمان وإلا يكون الجمع بين الألفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة . قلنا : الواو للعطف وهو موجب للمغايرة (قوله وكذا إذا قال على نذر أو على نذر الله) يعنى يكون يمينا إذا ذكر المحلوف عليه بأن قال على نذر الله لأفعلن أو لاأفعل كذا حتى إذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين ، هذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج أو صوم ، فإن كان نوى بقوله على نذر إن فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة . قال الحاكم : وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئا من حج أو عمرة فعليه مانوى وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ، ولا شك أن قوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضى الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا إلا أنه لما نوى بالمطلق فى اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لأنها مسماة بالكلام النفسى ، فإنما ينصرف الحديث إلى ما لانية معه من لفظ النذر ، فأما إذا قال على نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذه لم تجعله يمينا لأن اليمين إنما يتحقق بمحلوف عليه ، فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة ، فأما إذا ذكر صيغة النذر بأن

(لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين »

اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف ، وأيم محذوف منه والهمزة للقطع ، وهو قول الكوفيين وإليه ذهب الزجاج ، وعند سيبويه هى كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعا لشىء والهمزة فيها للوصل اه .

(وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا) لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول فى تحريم الحلال . ولو قال ذلك لشىء قد فعله فهو الغموس ، ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل . وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودى . والصحيح أنه لايكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل

يقول لله علىّ كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علىّ نذر صوم يومين معلقا أو منجزا فسيأتى فى فصل الكفارة ، فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا) فإذا فعله لزمه كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فإنه يمين بالنص ، وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرّم مارية على نفسه ، فأنزل الله تعالى - يا أيها النبى لم تحرّم ما أحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - ووجه الإلحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده : أى الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرّمت على نفسى فعل كذا كدخول الدار . ولو قال دخول الدار مثلا علىّ حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا إذا عرف هذا ، فلو قال ذلك لشىء قد فعله كأن قال إن كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهى يمين الغموس لاكفارة فيها إلا التوبة ، وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الإسلام ؟ قيل لا ، وقيل نعم لأنه تنجيز معنى ، لأنه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر .

ومن قال إن فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر أو مجوسى كان يمينا ، لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ،وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول فى تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا برىء من الكعبة أو النبى صلى الله عليه وسلم فإنه يكون يمينا وإن كان ذلك كفرا لأنه اعتقد أن البراءة عن واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا ، هذا هو الموعود فيما تقدم ، وقد روى عن محمد أنه إذا قال هو يهودى إن فعل كذا هو نصرانى إن فعل كذا فهما يمينان ، وإن قال هو يهودى أو نصرانى إن فعل كذا فهو يمين واحدة ، لأن فى الأول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء ، وفى الثانى كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة . وقوله (ولو قال ذلك لشىء قد فعله) يعنى لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض ، فإن كان عنده أنه صادق فلا شىء عليه ، وإن كان يعلم أنه كاذب (فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل) يعنى كما لو حلف به على أمر فى المستقبل فإنه فى المستقبل كان يمينا يكفر ، ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان فى الماضى (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لأنه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكأنه قال هو يهودى . قال فى النهاية والصحيح أنه إذا كان عالما يعرف أنه يمين فلا يكفر به فى الماضى والمستقبل ، وإن كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف فإنه يكفر فى الماضى والمستقبل لأنه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضى بالكفر .

(قوله وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول : الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى (قوله هذا هو الموعود الخ) أقول : أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله : ولقائل أن يقول سلمنا أن التبرى منهما إلى قوله : والجواب سيجىء اه .

(ولو قال إن فعلت كذا فعليّ غضب الله أو سخط الله فليس بحلف) لأنه دعاء على نفسه ، ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف (وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا ، لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن فى معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف .

والصحيح أنه إن كان يعلم أنه يمين فيه الكفارة إذا لم يكن غموسا لايكفر ، وإن كان فى اعتقاده أنه يكفر به يكفر فيهما لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل الذى علق عليه كفره ، وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله . واعلم أنه ثبت فى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال » فهذا يتراءى أعم من أن يعتقده يمينا أو كفرا ، والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب ، فإن الغالب ممن يحلف بمثل هذه الأيمان أن يكون من أهل الجهل لا من أهل العلم والخير ، وهؤلاء لايعرفون إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث ، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره (قوله ولو قال إن فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أى لايلزم سببية الشرط له ، غاية الأمر أن يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكأنه عند الشرط دعا على نفسه ، ولا يستلزم وقوع المدعوّ بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولأنه غير متعارف ، وكذا إن قال إن فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لايكون يمينا ؛ أما أولا فلأن معنى اليمين أن يعلق مايوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل ، وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لأنه لايصير كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل فى الوجود ، ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا ، بخلاف الكفر فإنه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد ، والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة . وأما ثانيا فلأن حرمة هذه الأشياء تحتمل السقوط ، وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل . أما الخمر فظاهر ، وأما السرقة فعند الاضطرار إلى أكل مال الغير ، وكذا إذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لاتحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الأشياء فى معنى حرمة الاسم ، وهذا فيه نظر لأن كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له ، فإنه إن كان يرجع إلى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وإن لم يرجع إليه لايكون يمينا ، ولا معنى لزيادة كلام لادخل له ، ولأنه ليس بمتعارف أن يقال إن فعلت فأنا زان فلا يكون يمينا .

وقوله (لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال فى النهاية : أما الزنا والسرقة فإنهما لايحتملان النسخ ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعى نسخا وتبديلا ، وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ . أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالا ثم انتسخ ، وأما الربا فيحتمل النسخ فى نفسه وإن لم يرد النسخ فى حقه ؛ ألا ترى أنه يحل فى دار الحرب . وأقول : فى كلام المصنف لفّ ونشر على غير السنن ، وذلك لأن قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا . وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر ، وهذا إفادة والحمل على ماذكره صاحب النهاية إعادة ، والحمل على الأولى أولى ، فإذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الأشياء فى معنى حرمة اسم الله تعالى لأن حرمته لاتحل فى حال فلايتحقق اليمين بذكر هذه الأشياء (ولأنه ليس بمتعارف) فلا يكون يمينا .

[فروع : فى تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك] إذا عدد مايحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول والله الرحمن الرحيم ، أو يقول والله الله ، إلا أن تعليل هذا بأنه جعل الثانى نعتا للأول مؤول ، وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو برىء من الله ورسوله وإن كان بواو فى الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها ، وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله ووالله فيتفرع أنه لو قال والله ووالله والرحمن أنها ثلاثة أيمان ، أو هو برىء من الله وبرىء من رسوله فيمينان ، حتى لو قال هو برىء من الله وبرىء من رسوله والله ورسوله منه بريئان إن فعل كذا فهى أربعة أيمان ، فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات ، هذا كله ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أن عليه فى المختلفة كفارة واحدة لأن الواو الكائنة بين الأسماء للقسم لا للعطف ، وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية ، فلو قال بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان فى قولهم . وروى ابن سماعة فى غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا قبل ذكر الجواب . أما لو قال والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان ، وكذا لو قال لامرأته والله لاأقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان . روى ذلك عن أبى يوسف رحمه الله ، وسواء كان فى مجلس أو مجالس . وروى الحسن أنه إن نوى بالثانى الخبر عن الأول صدق ديانة وهى عبارة متساهل فيها ، وإنما المراد أن يريد بالثانى تكرار الأول وتأكيده ، اختار هذا الإمام أبو بكر محمد بن الفضل قال : فإن نوى به المبالغة أو لم ينو شيئا يلزمه كفارتان ، وقد مر فى الإيلاء فى التجريد عن أبى حنيفة : إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء . ولو قال عنيت بالثانى الأول لم يستقم فى اليمين بالله سبحانه وتعالى ، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم ، وهذا يخالف ماروى الحسن . وفى الخلاصة عن نسخة الإمام السرخسى فى أيمان الأصل : إذا حلف على أمر أن لايفعله ثم حلف فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر أن لايفعله أبدا ثم فعله إن نوى يمينا مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمينين ، أما إذا نوى بالثانى الأول فعليه كفارة واحدة ، وقدمنا فى الإيلاء : لو قال والله لا أكلم فلانا يوما والله لا أكلمه شهرا والله لاأكلمه سنة إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لأنه انعقد على تلك الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة ، فعليه إذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات ، وإن كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لأن يمين اليوم انحلت قبله فبقى على ذلك اليوم يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فكفارة واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شىء عليه ، وعرف فى الطلاق أنه لو قال إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات . وما فى الأصل من أنه إذا قال هو يهودى هو نصرانى إن فعل كذا فهى يمين واحدة ، ولو قال هو يهودى إن فعل كذا هو نصرانى إن فعل كذا فيمينان ، يفيد أن فى مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر ، ولو قال أنا برىء من الكتب الأربعة فهى يمين واحدة ، وكذا لو قال هو برىء من التوراة والإنجيل والزبور والفرقان فهى يمين واحدة ، ولو قال هو برىء من التوراة وبرىء من الإنجيل وبرىء من الزبور وبرىء من الفرقان فهى أربعة أيمان ، ولو قال هو شريك اليهودى فهو كقوله يهودى ولو قال برىء من هذه الثلاثين يوما : يعنى شهر رمضان إن أراد عن فرضيتها يكون يمينا أو عن أجرها أو لم ينو شيئا لايكون يمينا ، والاحتياط هو يمين ، ولو قال من الصلاة التى صليتها وحنث لايلزمه شىء بخلاف قوله من

(فصل فى الكفارة)

قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها مايجزى فى الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد ، وأدناه مايجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام فى كفارة الظهار)

القرآن الذى تعلمت . واختلف فى برىء من الشفاعة . وفى مجموع النوازل : الأصح أنه ليس بيمين . ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف . وروى بشر عن أبى يوسف قال لآخر : إن كلمت فلانا فعبدك حر فقال نعم إلا بإذنك فهذا إن كلمه بغير إذنه يحنث ، ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم ، فإن أراد المبتدئ الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة إن لم يفعل المجيب لأن قوله نعم جواب وهو يستدعى إعادة ما فى السؤال فكأنه قال نعم والله لأفعلن كذا ، وإن نوى المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف ، وإن لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب فى قوله الله وفى قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدئ ، وإن أراد المبتدئ الاستحلاف فأراد المجيب أن لايكون عليه يمين ، وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ، ولو قال بالله فهو كقوله والله فى جميع ذلك ، ولو قال لمديونه إن لم تقض دينى غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وإن دخل بينهما انقطاع . فى الفتاوى وفى مجموع النوازل : قال لآخر والله لا أجيء إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء إلى ضيافتى فقال نعم يصير حالفا ثانيا .

(فصل فى الكفارة)

الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمى الليل كافرا قال : • فى ليلة كفر النجوم غمامها • وتكفر بثوبه اشتمل به وإضافتها إلى اليمين فى قولنا كفارة اليمين إضافة إلى الشرط مجازا . وعند الشافعى إضافة إلى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة (قوله كفارة اليمين عتق رقبة) أى إعتاقها لا نفس العتق ، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لايجوز (ويجزى فيها ما يجزى فى الظهار) وتقدم المجزئ فى الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغيرة ، ولا يجزئ فائت جنس المنفعة ، بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين ، وفى الأصم اختلاف الرواية . والأصح أنه إذا كان بحيث إذا صيح عليه يسمع جاز ، ولا يجوز المجنون الذى لايفيق ، وفيمن يفيق ويجن يجوز ، ولا المدبرة وأم الولد لأنهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما ، بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيئا يجوز ، بخلاف الذى أدى بعض شىء لأنه كالمعتوق بعوض (وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد) يعنى إن كسا ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه مايجوز فيه الصلاة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين) كالإطعام فى كفارة الظهار وهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر

(فصل فى الكفارة)

لما فرغ من بيان الموجب شرع فى بيان الموجب وهو الكفارة ، لكن هى موجب اليمين عند الانقلاب

(فصل فى كفارة اليمين)

والأصل فيه قوله تعالى ـ فكفارته إطعام عشرة مساكين ـ الآية ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة . قال (فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله : يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ،

أو شعير ذكره الكرخي بإسناده إلى عمر رضى الله عنه قال : صاع من تمر أو شعير ونصفه من برّ . وبإسناده إلى عليّ رضى الله عنه قال : كفارة اليمين نصف صاع من حنطة . وبسنده إلى الحسن رضى الله عنه قال : يغديهم ويعشيهم . وبإسناده إلى مجاهد قال : كل كفارة فى القرآن نصف صاع من برّ لكل مسكين . ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سنا لم يجز عن إطعام مسكين ، ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز إلا أنه إن كان برّا لا يشترط الإدام ، وإن كان غيره فبإدام . ويجوز فى الإطعام كل من التمليك والإباحة وتقدم (والأصل فيه قوله تعالى ـ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أوكسوتهم أو تحرير رقبة ـ وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة) وللعبد الخيار فى تعيين أيها شاء ، ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة فى الأصول ، ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والإطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه إلا بالصوم . ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لايجزيه وكذا المكاتب والمستسعى . ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة) من الإعتاق والكسوة والإطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات . وقال الشافعي : يخير) بين التتابع والتفريق (لإطلاق النص) وهو قوله تعالى ـ فصيام ثلاثة أيام ـ وهو قول مالك ، وفى قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ـ فصيام ثلاثة أيام متتابعات ـ وهي كالخبر المشهور) لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة رضى الله عنه ، والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به . فإن قيل : الشافعي كان أولى بذلك منكم لأنه يحمل المطلق على المقيد وإن كانا فى حادثتين وأنتم تحملونه فى حادثة ثم إنكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه فى صدقة الفطر فى قوله « أدّوا عن كل حرّ وعبد » وقوله « أدوا عن كل عبد من المسلمين » . أجيب عنا بأنا إنما نحمل فى الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وبقيد إطلاقه للتنافى بينهما ، فإن الأول يقتضى أن لايجوز إلا بقيد التتابع ولا يجزى التفريق والثانى يقتضى جوازه مفرقا كجوازه متتابعا ، وإذا وجب القيد الأول لزمه انتفاء الثانى فلزم الحمل ضرورة ، وهذه الضرورة منتفية فى صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد فى الأسباب ، ولا منافاة فى الأسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا ، وهذا كلام محتاج إلى تحقيق . وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب إلا لضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما إلا لو قلنا بمفهوم المخالفة فإنه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الأداء عنه مسلما كان أو كافرا . والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان فى غير المسلم ، فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ، ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقى مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره

لأن اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث ، وكلامه واضح ، وكون الواجب أحد الأشياء على التخيير أو واحدا معينا عند الله وإن كان مجهولا عندنا ، وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ماهو من

ثم المذكور فى الكتاب فى بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان ادناه مايستر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل ، وهو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا فى العرف ، لكن مالا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة

سبب . وأجابوا عما لزم الشافعى رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجاذبها أصلان فى التتابع وعدمه ، فحمل المطلق على المقيد بالتتابع فى كفارة القتل يوجب التتابع ، وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة (قوله ثم المذكور فى الكسوة فى الكتاب) أى المبسوط أو مختصر القدورى (فى بيان أدنى الكسوة) المسقطة للواجب من أنه مايجوز فيه الصلاة (مروى عن محمد رحمه الله فيجزيه دفع السراويل ، وعنه تقييده بالرجل ، فإن أعطى السراويل امرأة لايجوز لأنه لايصح صلاتها فيه (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف إن أدناه مايستر عامة بدنه ، ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح ، لأن لابس السراويل يسمى عريانا عرفا) فعلى هذا لابد أن يعطيه قميصا أوجبة أورداء أوقباء أو إزارا سابلا بحيث يتوشح به عند أبى حنيفه وأبى يوسف وإلا فهو كالسراويل . ولا تجزئ العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ مما ذكرنا جاز . وأما القلنسوة فلا تجزئ بحال ، وإن كان قد روى عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال : إذا قدم وفد على الأمير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا . وعن ابن عمر رضى الله عنه : لايجزى أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء . وعن أبى موسى الأشعرى ثوبان . قال الطحاوى : هذا كله إذا دفع إلى الرجل ، أما إذا دفع إلى المرأة فلابد من خمار مع الثوب لأن صلاتها لاتصح دونه ، وهذا يشابه الرواية التى عن محمد فى دفع السراويل أنه للمرأة لايكفى . وهذا كله خلاف ظاهر الجواب ، وإنما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان ، وعليه بنى عدم إجزاء السراويل لاصحة الصلاة وعدمها فإنه لادخل له فى الأمر بالكسوة ، إذ ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسيا على ماذكرنا ، والمرأة إذا كانت لابسة قميصا سابلا وإزارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لاشك فى ثبوت اسم أنها مكتسبة لاعريانة ، ومع هذا لاتصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا ، ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعى عند الحنث ، فلو كان موسرا عند الحنث ثم أعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لايجزيه ، وعند الشافعى على القلب قاسه على الحد فإن المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق . وقلنا : الصوم خلف عن المال كالتيمم فإنما يعتبر فيه وقت الأداء ، أما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (قوله لكن ما لايجزيه الخ) يعنى لو أعطى الفقير ثوبا لايجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزئ وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن إطعام فقير من الكفارة ، وكذا إذا أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لايكفى كل واحد حصته منه للكسوة ،

مذهبه وغير ذلك مقرر فى التقرير فليطلب ثمة . وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى فى نوادر ابن سماعة أنه يجوز ، وفى رواية أخرى إن أعطى السراويل المرأة لايجوز ، وإن أعطى الرجل يجوز لأن المعتبر رد العرى بقدر مايجوز به الصلاة ، لأن ستر العورة فرض لاتجوز الصلاة بدونه ، أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه فى الكسوة كما لايؤاخذ عليه الإدام فى الطعام . وقوله (لكن ما لايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) يعنى لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأن الاكتساء لايحصل به ولكنه

(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعي : يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين

وتبلغ حصة كل منهم قيمة ماذكرنا أجزأه عن الكفارة بالإطعام . ثم ظاهر المذهب أنه لايشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوى به عن الإطعام . وعن أبي يوسف : لايجزيه إلا أن ينويه عن الإطعام . وعند زفر لايجزيه نوى أو لم ينو . واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم « وإنما لكل امرئ مانوى » فإذا لم ينو عن الإطعام لايقع عنه ، ولأنه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث ، فإذا اختار أحدها صاركأنه هو الواجب ابتداء و تنحى الآخران . والجواب أنه إن أراد أنه لابد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول ، وقوله صلى الله عليه وسلم « وإنما لكل امرئ مانوى » دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما أو كسوة إلى كونه كفارة إلا بنية ، وإن أراد أنه لابد أن ينوى التكفير بالإطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فإن الواجب التكفير بأحد الأشياء التى كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذى هو نفس الواجب ، فإذا دفع أحدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح إطعاما أو غيره مما هو أحد الثلاثة ، ولو توقف السقوط على أن ينوى بدفع أحدها أنه عن الآخر إذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوى كل خصلة فى نفسها فيجب أن ينوى فى الإطعام أنه إطعام وفى دفع الثوب أنه كسوة ولا حاجة إلى ذلك ، بل المحتاج إليه نية الامتثال بالفعل إذا كان مما يصلح للإسقاط بوجه وقد نوى الإسقاط فانصرف إلى مابه الإسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على أن كونه مختارا للكسوة إذا دفع مالايستقيم كسوة ممنوع ، وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ماإذا أعطى نصف صاع تمر فى صدقة الفطر قيمته نصف صاع برلا يجزى عنه بطريق القيمة . وأجيب بأن جنس الكفارة فى التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذى فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير ، بخلاف الكسوة مع الإطعام فإنهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذى فجاز جعل إحداهما عن الأخرى ، وإنما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا صغيرا نفيسا تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزى عن الكسوة ينبغى أن لايجزيه عن الكسوة بل عن الإطعام (قوله وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجز ، وقال الشافعي : يجزيه بالمال) دون الصوم (لأنه أدى بعد السبب وهو اليمين) وإنما كان السبب للكفارة هو اليمين لأنه أضيف إليه الكفارة فى النص بقوله تعالى ـ ذلك كفارة أيمانكم ـ وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث ، والإضافة دليل سببية المضاف إليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه ، كما فيما نحن فيه ، فإن الكفارة متعلق الحكم الذى هو الوجوب ، وإذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لأنه حينئذ شرط ، والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا ، كما جاز فى الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذى هو ملك النصاب ، وكما فى تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ، ومقتضى هذا أن لايفترق المال والصوم وهو قوله القديم ، وفى الجديد لايقدم الصوم لأن العبادات البدنية لاتقدم على الوقت : يعنى أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا إلا فى المالية كالزكاة

يجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة ، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنه لايكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام . وهل يشترط النية أولا ؟ ذكر شيخ الإسلام فى ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلا عن الطعام أو لم ينو . وعن أبي يوسف : إذا نوى أن يكون عن الطعام يجزيه عن الطعام وإن لم ينو لم يجزه (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه . وقال الشافعي : يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين) لأنها تضاف إلى

فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا ، واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض ، بخلاف الجرح لأنه مفض .

فيقتصر عليه ، وذهب جماعة من السلف إلى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الأحاديث التى يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا أن الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل :

• فى ليلة كفر النجوم غمامها • وبه سمى الزارع كافرا لأنه يستر البذر فى الأرض (ولاجناية) قبل الحنث لأنها منوطة به لا باليمين لأنه ذكر الله على وجه التعظيم ، ولذا أقدم النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا إذ قد يكون فرضا ، وإنما أخرج المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من إخلاف المحلوف عليه . والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أو لا ، والمدار توفير مايجب لاسم الله عليه ، وهذا يفيد أن السبب الحنث ، واليمين ليست بسبب لأن أقل ما فى السبب أن يكون مفضيا إلى المسبب واليمين ليس كذلك لأنه مانع عن عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا إليه . نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لاعن اليمين للعلم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحالف على تركه ، بخلاف الجرح فإنه مفض إلى التلف فلزم أن الإضافة المذكورة إضافة إلى الشرط ، فإن الإضافة إلى الشرط جائزة وثابتة فى الشرع كما فى كفارة الإحرام وصدقة الفطر . على أنه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك فى أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن الكفارة لاتجب قبله وإلا وجبت بمجرد اليمين ، والمشروط لايوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا ، فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه فى الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ماقدمناه فى باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به . فإن قيل : قد ورد السمع به فى قوله صلى الله عليه وسلم «فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذى هو خير» قلنا : المعروف فى الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير » وفى مسلم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير » وحديث البخارى وليس فى شىء من الروايات المعتبرة لفظ ثم إلا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو ، فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة فى أبى داود قال فيه « فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا فى البخارى وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الأقرب إلى الغلط على الكثير . ومن ذلك حديث عائشة فى المستدرك « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا حلف لايحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال : لا أحلف على يمين ، إلى أن قال : إلا كفرت عن يمينى ثم أتيت الذى هو خير » وهذا

اليمين ، يقال كفارة اليمين ، والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة ، والأداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث . وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين . ووجهه أن السبب مايكون مفضيا ، واليمين غير مفض إلى الكفارة لأنها تجب بعد نقضها بالحنث ، وإنما أضيفت إليها لأنها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم (بخلاف الجرح لأنه مفض) إلى الموت .

(ثم لايسترد من المسكين) لوقوعه صدقة . قال(ومن حلف على معصية مثل أن لايصلى أولايكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغى أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هوخير ثم ليكفر عن يمينه »

فى البخارى عن عائشة أن أبا بكركان إلى آخر ما فى المستدرك ، وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار ، وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر فى علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الأكثر : يعنى من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والإتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما فى ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة ، فإن المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الأمرين ، وهكذا قلنا فى قوله تعالى ـ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ـ الآية ، وهذا لأن الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لايلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فايفعل الأمرين فيكون المعقب الأمرين ، ثم وردت روايات بعكسه : منها مافى صحيح مسلم من حديث عدىّ بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » ومنها حديث رواه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه » ومنها ما أخرج النسائى : أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان ، حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبى الأحوص عن أبيه قال « قلت يارسول الله رأيت ابن عمّ لى آتيه أسأله فلا يعطينى ولا يصلنى ثم يحتاج إلىّ فيأتينى ويسألنى وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله ، فأمرنى أن آتى الذى هو خير وأكفرعن يمينى » ورواه ابن ماجه بنحوه؛ ثم لو فرض صحة رواية « ثم » كان من تغيير الرواية ، إذ قد ثبتت الروايات فى الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ، ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه ، فتحمل ثم على الواو التى امتلأت كتب الحديث منها دون ثم . وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا : أعنى قوله « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه » إلا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك ، هذا ولفظ اليمين فى قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين » مجاز من إطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لأن اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد (قوله لايستردّ من الفقير) يعنى إذا دفع إلى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لايجزيه فليس له أن يستردها منه لأنه تمليك لله قصد به القربة مع شىء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله (قوله ومن حلف على معصية مثل أن لايصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغى أن يحنث) أى يجب عليه أن يحنث (نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها

وقوله (ثم لايستردّ من المسكين) قيل هومعطوف على قوله لم يجزه : يعنى وإن لم يقع كفارة إذا دفع إلى المسكين قبل الحنث لكن لايسترد منه لأنه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ، ولم يحصل الأول لعدم الجناية فيحصل الثانى فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لايصلى أو لايكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغى أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفرعن يمينه ») معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لأن اليمينَ مركبة من

(قال المصنف : ينبغى أن يحنث نفسه ويكفرعن يمينه) أقول : فإنه أهون الشرين وارتكابه واجب إذا لم يكن بد من أحدهما ، وفى أوائل كتاب الطلاق من الكافى كلام متعلق بالمقام فراجعه .

ولأن فيما قلناه تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية فى ضده (وإذا حلف الكافر ثم حنث فى حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لايكون معظما ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة

فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » وقد ذكرناه آنفا (ولأن فيما قلناه) من تحنيث نفسه (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البرّ (ولا جابر للمعصية فى ضده) أى فى ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبرّ فى يمينه بفعل المعصية فإنه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها ، واعلم أن المحلوف عليه أنواع : فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شىء غيره أولى منه كالحالف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه ، فإن الحنث أفضل لأن الرفق أيمن وكذا إذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه إن لم يوافه غدا لأن العفو أفضل ، وكذا تيسير المطالبة أو على شىء وضده مثله كالحالف لايأكل هذا الخبز أو لايلبس هذا الثوب فالبرّ فى هذا وحفظ اليمين أولى ، ولو قال قائل إنه واجب لقوله تعالى ـ واحفظوا أيمانكم ـ على ما هو المختار فى تأويلها أنه البرّ فيها أمكن (قوله وإذا حلف الكافر ثم حنث فى حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) أى لا كفارة عليه ، فالمراد حكم الحنث المعهود ، وكذا إذا حلف مسلما ثم ارتد

مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لأفعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وفى وجه الاستدلال به نظر لأنه قال « ورأى غيرها خيرا منها » فالمدعى مطلق ، والدليل مشروط برؤية غيره خيرا . والجواب أن حال المسلم يقتضى أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا إلى حاله . وقوله (ولأن فيما قلنا) يعنى أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضى سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية فى ضده) أى فى ضد ما قلنا أى لاجابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعى لأن الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لأن الجابر لايتقدم ، كذا فى النهاية . وقال فى بعض الشروح : ولأن فيما قلنا : أى فى تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البرّ إلى جابر والجابر هو الكفارة ، والفوات إلى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البرّ كلا معصية لوجود الجابر ، أما إذا أتى بالبرّ وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لامحالة ، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه ، وكلا الوجهين صحيح والثانى أنسب (وإذا حلف الكافر ثم حنث فى حال كفره أو بعد إسلامه فلاحنث) أى لاكفارة (عليه) وقال مالك والشافعى : يكفر بالمال لأن اليمين تعقد للبر وهو من أهله لأنه إنما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البرّ ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لايكون معظما) إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافى التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة) بخلاف الاستحلاف فى الدعاوى والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعى بالنكول أو الإقرار ، والكفر لاينافى ذلك

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول : أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه

(ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرّما وعليه إن استباحه كفارة يمين)

ثم أسلم فحنث لايلزمه شيء ، وعلى هذا الخلاف إذا نذر الكافر ماهو قربة من صدقة أوصوم لايلزمه شيء عندنا بعد الإسلام ولا قبله ، وبقولنا فى مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعى وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لأنه أهل لإيجابه دون الصوم لأنه عبادة وليس أهلا لها ، وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه إحدى الخصال ، فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ماسواه ، وأيضا هو أهل للبرّ فإنه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن إخلاف ماعقده به عليه ولهذا يستحلف فى الدعاوى ويدخل فى المال العتق فإنه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون فى حقه مجرد إسقاط المالية ، ثم ثبت فى ذلك سمع وهو ما فى الصحيحين « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : يارسول الله إنى نذرت فى الجاهلية أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام . وفى رواية : يوما ، فقال : أوف بنذرك » وفى حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم : « تبرئكم يهود بخمسين يمينا » ولنا قوله تعالى - إنهم لا أيمان لهم - وأما قوله بعده - نكثوا أيمانهم - فيعنى صور الأيمان التى أظهروها . والحاصل لزوم تأويل إما فى - لا أيمان لهم - كما قال الشافعى أن المراد لا إيفاء لهم بها أو فى - نكثوا أيمانهم - على قول أبى حنيفة أن المراد ماهو صور الأيمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثانى بالفقه ، وهو أنا نعلم أن من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة ، وليس الكافر أهلا لها لأنها إنما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من إثم الحنث إن كان ، أو ماوقع من إخلاف ماعقد عليه اسم الله تعالى إقامة لواجبه ، وليس الكافر أهلا لفعل عبادة . وقولهم إيجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لأن ذلك فى إيجاب المال والعتق من حيث هو إيجابهما ، والكلام فى إيجابهما كفارة ، وإيجابهما كفارة لايقبل الفصل عما ذكرنا ، إذ لو فصل لم يكن كفارة لأن ماشرع بصفة لايثبت شرعا إلا بتلك الصفة وإلا فهو شيء آخر ، وأما تحليف القاضى وقوله صلى الله عليه وسلم « تبرئكم يهود بخمسين يمينا » فالمراد كما قلنا صور الأيمان ، فإن المقصود منها رجاء النكول ، والكافر وإن لم يثبت فى حقه شرعا اليمين الشرعى المستعقب لحكمه فهو يعتقد فى نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة . وما فى الهداية من أنه مع الكفر لايكون معظما ليس بصحيح إلا أن يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « أوف بنذرك » فالمشهور من مذهب الشافعى أن نذر الكافر لايصح ، فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤولونه أنه أمره أن يفعل قربة مستأنفة فى حال الإسلام لا على أنه الواجب بالنذر دعا إلى هذا العلم من الشرع أن الكافر ليس أهلا لقربة من القرب فليس أهلا لالتزامها ؛ ألا ترى أنه لو فعلها لم تصح منه ، وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم ، لا لإضعاف العذاب . وقول الطحاوى : إنه ليس متقربا إلى الله تعالى بل إلى ربه الذى يعبده من دون الله إنما يستقيم فى بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذى أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرّم على نفسه شيئا مما يملكه) كهذا الثوب علىّ حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصر محرما وعليه إن استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فإنه جار فى نحو كلام زيد علىّ

قال (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسى ثوبى هذا أو طعامى هذا ، (لم يصر محرما لعينه وعليه إن استباحه) أى إن فعل شيئا مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة

وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه : لاكفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين . ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار إليه ،

حرام ، ولو أريد بلفظ شيئا ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام علىّ حرام لطعام لايملكه ، لأنه حرام عليه التصرف فيه مع أنه يصير به حالفا ، حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة . والحاصل أن حرمته لاتمنع تحريمه حلفا ؛ ألا يرى إلى قولهم لوحرم الخمر على نفسه فقال الخمر علىّ حرام أن المختار للفتوى أنه إن أراد به التحريم : يعني الإنشاء تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر ، وإن أراد الإخبار أو لم يرد شيئا لاتجب الكفارة لأنه أمكن تصحيحه إخبارا ؛ والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة ، عند أحدهما يحنث مطلقا ، وعند الآخر لايحنث من غير نظر إلى نية ، ولو قال الخنزير علىّ حرام فليس بيمين إلا أن أن يقول إن أكلته ، وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه . واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف اليمين إلى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو ـ حرمت عليكم أمهاتكم ـ وحرمت الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل ، ولذا قال في الخلاصة : لو قال هذا الثوب علىّ حرام فلبسه حنث إلا أن ينوى غيره ، وإن قال إن أكلت هذا الطعام فهو علىّ حرام فأكله لايحنث . وذكر في المنتقى : لو قال كل طعام آكله في منزلك فهو علىّ حرام ففي القياس لايحنث إذا أكله ، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف ، وفي الاستحسان : يحنث ، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام انتهى . وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله إن أكلت هذا فهو على حرام أن يحنث إذا أكله ، وكذا ماذكر في الحيل إن أكلت طعاما عندك أبدا فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس . ولوقال لقوم كلامكم علىّ حرام أيهم كلم حنث . وفي مجموع النوازل : وكذا كلام فلان وفلان علىّ حرام يحنث بكلام أحدهما ، وكذا كلام أهل بغداد ، وكذا أكل هذا الرغيف علىّ حرام يحنث بأكل لقمة ، بخلاف مالو قال والله لا أكلمهم لايحنث حتى يكلمهم . وفي الخلاصة : لو قال هذا الرغيف علىّ حرام حنث بأكل لقمة . وفي فتاوى قاضيخان : قال مشايخنا رحمهم الله : الصحيح أنه لايكون حانثا لأن قوله هذا الرغيف علىّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ، ولوقال هكذا لايحنث بأكل البعض . وإن قالت لزوجها أنت علىّ حرام أوحرمتك يكون يمينا ، فلوجامعها طائعة أومكرهة تحنث ، بخلاف ما لو حلف لايدخل هذه الدار فأدخل لايحنث ، ولو قال للدراهم في يده هذه الدراهم علىّ حرام إن اشترى بها حنث ، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف (قوله وقال الشافعي رحمه الله : لاكفارة عليه) يعني إلا في الجوارى والنساء ، وبه قال

(وقال الشافعي : لاكفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لاينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه وهو تحليل الحرام (ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة) فإما أن تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لأنه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (بإثبات موجب اليمين) وفيه إعمال اللفظ والمصير إلى إعمال اللفظ عند الإمكان واجب فيصار إليه . وبهذا التقرير يندفع ما قيل إن بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه إن استباحه تنافيا لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما إذا كان ثمة تحريم . وقوله لم يصر محرما ينافيه ، وذلك لأن قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه . وقوله إن استباحه إشارة إلى الحرمة لغيره . وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم به

ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه .

مالك ، لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ، إلا أن الشرع ورد به فى الجوارى والنساء فى معناها فيقتصر على مورده ، والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى ـ يا أيها النبىّ لم تحرّم ما أحلّ الله لك ـ إلى قوله ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ـ فبين سبحانه أنه صلى الله عليه وسلم حرم شيئا مما هو حلال ، وأنه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله ـ تحلة أيمانكم ـ وعلم أنه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لأن الكلام الآن فى تخصيصه بمورده أو تعميمه . أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ـ ما أحل الله لك ـ وقد يدفع بأن المراد به خصوص ماوقع تحريمه : أى لم حرّمت ما كان حلالا لك ، ولذا قال ـ تبتغى مرضات أزواجك ـ وابتغاء مرضاتهن لايتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير ، بل الجواب أنه كما ورد أنها أنزلت فى تحريم مارية ورد أنها أنزلت فى تحريم العسل . فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا إن دخل عليها فلتقل إنى أجد منك ريح مغافير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال : لا ، بل شربت عسلا عند زينب ولن أعود إليه فنزلت ـ يا أيها النبىّ لم تحرّم ـ » وهذا أولى بالاعتبار لأن راويه صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لامانع من كون نزولها فى الأمرين جميعا وقوله تعالى ـ تبتغى مرضات أزواجك ـ وإن كان ظاهرا فى أنها فى تحريم مارية لأن مرضاتهن كان فى ذلك لا فى ترك العسل فلا شك أنه أيضا فى ترك شربه عند الضرّة . فإن قيل : إنه روى « أنه قال والله لاأذوقه » فلذلك سمى تحريما ولزمت التحلة . أجيب بأنه لم يذكر فى الآية ولا فى الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص . واعلم أن الذى فى الحديث الصحيح هو قوله « ولن أعود إليه » ولا شك أن هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى مايفيد أن الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بأنه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر لم يرو فى تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم ، إلا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر فى إرادة قال حرمت كذا ونحوه ، بخلاف الحلف على تركه . وحاصل الوجه الذى اقتصر عليه المصنف وهو أن لفظه ينبئ عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله بإثبات حرمته : أى حرمة ذلك الشىء لغيره وهو اليمين بإثبات موجب اليمين وهو البرّ إذا لم يفعله والكفارة إن فعله صونا لكلامه عن الإلغاء فضلا من الله عليه فعم المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) فى قوله وعليه إن استباحه كفارة يمين ، وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه وإلا لم يصح قوله استباحه ، وإنما يحنث بالقليل والكثير (لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه) فبتناول جزء يلزمه الحنث ، وهذا بخلاف ماتقدم

وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم ، أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شىء منهما بموجود فكيف صار يمينا . وأجيب بسقوطها بقوله تعالى ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ـ بعد قوله ـ لم تحرّم ما أحل الله لك ـ فى تحريم العسل أو تحريم مارية ، أطلق الأيمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الأيمان ، والرأى لايعارض النصوص السمعية .

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه ، هذا قول زفر رحمه الله تعالى . وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لايتحصل مع اعتبار العموم . وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة . ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم . وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب . وهذا كله جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى ،

من قوله والله لا أكلمهم وهذا الرغيف على حرام على مانقل قاضيخان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك) فإذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته (والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لايحصل مع اعتبار العموم) والظاهر أنه لم يعقد للحنث ابتداء : أى لايكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم (وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه) أى هذا اللفظ (يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب ، فظهر ، أن ماقيل إنه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لايصح إذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ماتعورف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم) فى غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ ، فإذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها فى الإرادة ، بخلاف نحو اسقنى إذا أريد به الطلاق لايقع لعدم الصلاحية ، فلو وقع كان بمجرد النية (وإذا نواها كان إيلاء) لأن الحلف على قربانها [1] إيلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأيها فعل حنث ، وإذا كان إيلاء فهو إيلاء مؤبد ، فإن تركها أربعة أشهر بانت إلى آخر أحكام الإيلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أى مشايخ بلخ كأبى بكر الإسكاف وأبى بكر بن أبى سعيد والفقيه أبى جعفر (قالوا يقع به الطلاق منجزا لغلبة الاستعمال) فى الطلاق فينصرف إليه من غير نية ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال المصنف : وعليه الفتوى . وقال البزدوى فى مبسوطه : هكذا قال مشايخ سمرقند ، ولم يتضح لى عرف الناس

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك ، والقياس أن يحنث كما فرغ) لأن قوله هذا فى قوة أن يقال والله لاأفعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث (وهو قول زفر . وجه الاستحسان أن اليمين تعقد للبر وهو لايحصل مع اعتبار العموم) لامتناع أن لايتنفس وأن لايفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم فيصار إلى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فإن العادة جارية باستعماله فى المتناولات (و) إذا لم يكن العموم مرادا (لايتناول المرأة إلا بالنية وإذا نواها كان إيلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه : والله لا أقربك ، وهو من صور الإيلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كأبى بكر الإسكاف وأبى بكر بن أبى سعيد والفقيه أبى جعفر وبعض مشايخ سمرقند (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى)

---

(١) (قوله على قربانها) لعله على ترك قربانها أو على عدم ، حرر كتبه مصححه .

وكذا ينبغى فى قوله حلال بروى حرام للعرف . واختلفوا فى قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء)

فى هذا لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة . ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله إلا ذوالحليلة ، فالصحيح أن يقيد الجواب فى هذا ويقول إن نوى الطلاق يكون طلاقا ، فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين . واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام علىّ كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة ، وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى . ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن ، وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهى طالق ويجب إمضاؤه عليهم . وفى التتمة : لو قال حلال الله علىّ حرام أو قال حلال خداى وله امرأة ينصرف إليها من غير نية وعليه الفتوى ، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة . قال المصنف : وكذا ينبغى فى حلال بروى حرام للعرف : يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى (واختلفوا فى قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل يشترط النية أولا ، والأظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف) قال فى الخلاصة : لا يصدق أنه لم ينو ، ولو قال هرجه بدست راست كيرفته أم فهو بمنزلة قوله كيرم . ولو قال هرجه بدست حب كيرم ، فى مجموع النوازل : لا يكون طلاقا وإن نوى . ولو قال هرجه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقا لأن العزف فى قوله كيرم ولا عرف فى قوله كيرفتم . ولو قال هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله هرجه بدست كيرم . والحاصل أن المعتبر فى انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه فإن لم يتعارف سئل عن نيته ، وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أى غير معلق بشرط كأن يقول لله علىّ صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر ، فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فإنه لا يلزم لأنه غير مقصود لنفسه ، وكذا النذر بعيادة المريض لأنه ليس من جنسه واجب ، وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة القربة ، فإن المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينعقد ، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ، ولو صامه خرج عن العهدة. ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الأصول ، ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين » رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح : كلهم ثقات. ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته ، وكذا قال الترمذى ، وقوله فعليه الوفاء به : أى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافية زفر . فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه فى ذلك خلافا لزفر . له أنه أتى بغير ما نذره. ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة ، وكذا إذا نذر

وقوله (وكذا ينبغى) ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرجه بدست جب كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وإن نوى . ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وإن لم ينو . وقيل لا يقع إلا بالنية (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) مثل أن يقول لله علىّ صوم سنة ولم يعلقه بشىء فعليه الوفاء به .

لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى » (وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لإطلاق الحديث ،

ركعتين فى المسجد الحرام فأداها فى أقل شرفا منه أو فيما لاشرف له أجزأه خلافا لزفر. وأفضل الأماكن المسجد الحرام ، ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، ثم مسجد بيت المقدس ، ثم الجامع ، ثم مسجد الحىّ ، ثم البيت . له أنه نذر بزيادة قربة فيلزمه . قلنا : عرف من الشرع أن الْتزامه ما هو قربة موجب ، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان ، بل إنما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالْتزامه إلى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقى لازما بما هو قربة . فإن قلت : من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد . فالجواب أن محمدا أهدره لذلك . وأما أبو يوسف فإنما صححه بوضوء لأن الْتزام المشروط الْتزام الشرط ، فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لايؤثر ، ونظيره إذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة ، أو نذر أن يصلى ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع . وقال زفر : لايصح النذر فى الأوليين لأن الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة . وفى الثالثة وهي ما إذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لأنه الْتزم ركعة بعد الثنتين فصار كما إذا الْتزمها مفردة على قوله . ولنا معنى ماقدمناه وهو أن الالتزام بشىء الْتزام بما لاصحة له إلا به ، ولا صحة للصلاة بلا قراءة ، ولا للركعة الواحدة إلا بضم الثانية ، فكان ملتزما القراءة والثانية . واحتاج محمد إلى الفرق بين الْتزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والْتزامها بلا قراءة حيث أجازه . والفرق أن الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلا ، وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الأمى ، وهذه المسائل وإن كانت تقدمت متفرقة إلا أن هذا المكان محلها بالأصالة فلم أر إخلاء منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ») وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه ، ففى لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع ، قال تعالى ـ وليوفوا نذورهم ـ وصرح المصنف فى كتاب الصوم بأن المنذور واجب للآية ، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية . والجواب بأنها مؤوّلة إذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة . ومن السنة كثير منها حديث فى البخارى « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » روته عائشة رضى الله عنها ، والإجماع على وجوب الإيفاء به ، وبه استدل من قال من المتأخرين بافتراض الإيفاء بالنذر .

[فروع] إذا نذر شهرا فإما بعينه كرجب وجب التتابع ، لكن لو أفطر يوما لايلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوما لايلزمه إلا قضاؤه ، كذا هذا ، وإن بغير عينه كشهر إن شاء تابعه وإن شاء فرّقه ، وإن شرط التتابع لزمه ، ولو الْتزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه مايملكه هو المختار . قال الطحاوى : إذا أضاف النذر إلى سائر المعاصى كلله علىّ أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمه الكفارة بالحنث ، ولله علىّ أن أطعم المساكين يقع على عشرة . عند أبى حنيفة ، لله علىّ طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا ، لله علىّ أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها ، فإن لم يعتقها أثم ولا يجبره القاضى . قال إن برئت من مرضى فعلىّ شاة أذبحها أو ذبحت شاة لايلزمه شىء . ولو قال أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه . قال لله علىّ أن أذبح جزورا فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز (قوله وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث) الذى رويناه

(لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى » وإن علق النذر بشرط) سواء كان شرطا أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) ولاتنفعه كفارة اليمين (لإطلاق الحديث) فإنه لم يفصل

ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عنه وقال: إذا قال إن فعلت كذا فعلىّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا، وهذا إذا كان شرطا لايريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أىّ الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح.

من البخارى وغيره فإنه أمر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كأنه قال عند الشرط لله علىّ كذا. وعن أبي حنيفة رحمه الله عنه أنه رجع عنه: أى عن لزوم عين المنذور إذا كان معلقا بالشرط: أى أنه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد. فإذا قال إن فعلت كذا فعلىّ حجة أو صوم سنة إن شاء حج أو صام سنة وإن شاء كفر. فإن كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام، والأول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور فى ظاهر الرواية، والتخيير عن أبي حنيفة فى النوادر. وروى عن عبد العزيز ابن خالد الترمذى قال: خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة،

بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط (ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هاهنا (وعن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه رجع عنه) أى عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك (وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلىّ حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا) حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهرا، وهذا مروى عن أبي حنيفة فى النوادر. ووجهه ما روى فى السنن مسندا إلى عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «كفارة النذر كفارة اليمين» قالوا (هذا إذا كان شرطا لايريد كونه) لأن بين الحديثين كما ترى تعارضا، فحملنا الحديث الأول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الحالف كونه، والثانى على مقيد لايريد كونه جمعا بين الآثار، والمعنى الفقهى فى ذلك أن فى الشرط الذى لايريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا، أما معنى النذر فظاهر، وأما معنى اليمين فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط (فيتخير ويميل إلى أىّ الجهتين شاء) والتخيير بين القليل والكثير فى الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد إذا أذن له مولاه بالجمعة فإنه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعا، والنذر واليمين معنيان مختلفان لأن النذر قربة مقصودة واجب لعينه، واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه) وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطا. قال المصنف (وهذا التفصيل) أى الذى ذكرنا بين شرط لايريد كونه وبين شرط يريده (هو الصحيح) وفيه نظر، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين مايريد كونه وما لايريده، على أن فيه إيماء إلى القصور فى الذهاب إلى ظاهر الرواية.

(قوله وإن أراد حصرها فيه الخ) أقول: فيه أنه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهى.

قال (ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلاحنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ فى يمينه » إلا أنه لابد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فلما انتهيت إلى هذه المسئلة قال قف ، فإن من رأيى أن أرجع ، فلما رجعت من الحج إذا أبوحنيفة قد توفى ، فأخبرنى الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير ، وبهذا كان يفتى إسماعيل الزاهد . وقال الولوالجى : مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الأئمة . قال : لكثرة البلوى فى هذا الزمان . وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والأحاديث . ووجه رواية النوادر ما فى صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال « كفارة النذر كفارة اليمين » فهذا يقتضى أن يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مطلق الإيفاء بعينه على المنجز ، ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ، ولا يشكل لأن المعلق منتف فى الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين فى أن سبب الإيجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به ، بخلاف النذر المنجز لأنه نذر ثابت فى وقته فيعمل فيه حديث الإيفاء . واختار المصنف والمحققون أن المراد بالشرط الذى تجزئ فيه الكفارة الشرط الذى لايريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان ، فإنه إذا لم يرد كونه يعلم أنه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لأن تعليق النذر على مالايريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فإن الإنسان لايريد إيجاب العبادات دائما وإن كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب ، ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن النذر وقال إنه لا يأتى بخير » الحديث ، وأما الشرط الذى يريد كونه مثل قوله إن شفى الله مريضى أو قدم غائبى أو مات عدوى فلله علىّ صوم شهر فوجد الشرط لايجزيه إلا فعل عين المنذور ، لأنه إذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر فى معنى المنجز فيندرج فى حكمه وهو وجوب الإيفاء به فصار محمل مايقتضى الإيفاء المنجز والمعلق المراد كونه ، ومحمل مايقتضى إجزاء الكفارة المعلق الذى لايراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج . ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذى اختاره المصنف . واستدل ابن الجوزى فى التحقيق للاكتفاء فى خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع أنه مطلق ، وليس هذا إلا لما قلنا ، وهذا التقرير أولى مما قيل لأن الشرط إذا لم يرد كونه كان فى معنى اليمين فإنها تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة ، بخلاف الذى يريد كونه فإنه ورد على هذا التقرير أن اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لايراد كونه فالفرق على هذا تحكم (قوله ومن حلف على يمين) أى على محلوف عليه (فقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وكذا إذا نذر وقال إن شاء الله متصلا لايلزمه شىء قال محمد : بلغنا

(ومن حلف على يمين) أى على مقسم عليه من فعل أو ترك وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ فى يمينه ») رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم . وقوله عليه الصلاة والسلام (فقد برّ فى يمينه) معناه لايحنث أبدا لعدم انعقاد اليمين (وقوله إلا أنه لابد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين) فإن قلت : هذا تعليل فى مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لايفصل بين المنفصل والمتصل . قلت : الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هى التى توجب الاتصال ، فإن جواز الاستثناء منفصلا يفضى إلى إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة ، وفى ذلك من الفساد مالايخفى ،

(باب اليمين فى الدخول والسكنى)

ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ، وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام - ستجدنى إن شاء الله صابرا - ولم يصبر ولم يعدّ مخلفا لوعده ، وتقدم فى الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : يلزمه حكم اليمين والنذر لأن الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم ، وللجمهور قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وقال إن شاء الله فلا حنث عليه » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وقال : الترمذى حديث حسن ولأنه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى : أعنى إذا قال والله لا أخرج اليوم إن شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فإذا خرج لايحنث ، فإن المعنى إن شاء الله عدم الخروج لاأخرج فإذا خرج تبين أنه تعالى لم يشأ عدم الخروج ، وهذا ينتهض على مالك رحمه الله فى اليمين بالله تعالى ، أما فى الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر ، فإنه إذا قال أنت طالق إن شاء الله فالظاهر أن المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لأنه قد شاء الله قوله ، وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن إعدامه ، فلو جعل مصروفا إلى الوقوع على معنى أنت طالق إن شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ، ثم لايجدى لأنه قد شاء الله وقوع طلاقها إذ قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا أن المعلق بالمشيئة إن كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه ، وما فى الطلاق تقدم تضعيفه ، وهذا ما وعدناه فى الطلاق ، ثم شرط عمل الاستثناء فى الإبطال الاتصال ، فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لايضرّ .

(باب اليمين فى الدخول والسكنى)

أراد بيان الأفعال التى يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لأن أوّل الأفعال التى يحتاج إليها الإنسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والأكل وغيره ، وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات

وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الأدلة ، وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ماذكرناه ، والله أعلم .

(باب اليمين فى الدخول والسكنى)

لما كان انعقاد اليمين على فعل شىء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة فى اليمين فذكرها فى أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما لأن أول مايحتاج إليه الإنسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيره ، وإليه وقعت الإشارة فى قوله تعالى - يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون . الذى جعل لكم الأرض فراشا والسماء بناء - الآية ، والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر إلى الباطن ، والسكنى

(باب اليمين فى الدخول والسكنى)

(قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شىء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الخ) أقول : ويعلم منه الترك .

(ومن حلف لايدخل بيتا فدخل الكعبة أوالمسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه البقاع مابنيت لها (وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا ، والظلة ماتكون على السكة ، وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة

لكن حاجة الحلول فى مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه (قوله ومن حلف لايدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهو متعبّد اليهود أو البيعة وهومتعبد النصارى لم يحنث لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا لاعلى الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعى رحمه الله ، ولا على الاستعمال القرآنى كما عن مالك رحمه الله ، ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله ، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفى : أعنى الألفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف ، كما أن العربى حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ماعهد أنه المراد بها . ثم من المشايخ ما جرى على هذا الإطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما إذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ . ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يكن العمل بحقيقته . ولايخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية إلا مامن الألفاظ ليس له وضع لغوى بل أحدثه أهل العرف ، وأن ماله وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وإن تكلم به متكلم من أهل العرف ، وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ماتعذر وهذا بعيد . إذ لاشك أن المتكلم لايتكلم إلا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرها : نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف ، فأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه فى عموم بيتا حنث ، وإن لم يخطر له وجب أن لايحنث لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت ، وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم يكن له نية كان موجب الكلام مايكون معنى عرفيا له ، وإن كان له نية شىء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره ، إذا عرفنا هذا فالكعبة وإن أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ـ إن أول بيت وضع للناس للذى بمكة ـ وكذا المسجد فى قوله تعالى

عبارة عن الكون فى مكان على سبيل الاستقرار مبيتا لأهله (قوله ومن حلف لايدخل بيتا) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود (قوله لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بأن الله سمى الكعبة بيتا ، قال الله تعالى ـ إن أوّل بيت وضع للناس ـ الآية ، وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى ـ فى بيوت أذن الله ـ الآية : وأجيب بأن الأيمان مبناها على العرف لا على ألفاظ القرآن : ألا ترى أن الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت فى اليمين لايتناوله . واستشكل بما قاله فى الفوائد الظهيرية إذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث ، وسيجىء الجواب إن شاء الله (وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) قال فى المغرب : ظلة الباب هى السدّة التى فوق الباب . وقول المصنف (والظلة تكون على السكة) أراد بها الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء ، وإنما لم يحنث لأنه لاينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه ، وكذلك إذا كان فوقه بناء ، إلا أن مفتحه إلى الطريق لايحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته (قوله وقيل إذا كان الدهليز) ظاهر

(قوله مبيتا لأهله) أقول : احتراز عن الكون فى السوق على سبيل الاستقرار فإنه لايعد سكنى ، إلا أن ماذكره لايشمل سكنى غير المتأهل فليتأمل (قوله وسيجىء الجواب الخ) أقول : فى باب اليمين فى الأكل والشرب .

(وإن دخل صفة حنث) لأنها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الأوقات فصار كالشتوى والصيفى . وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم . وقيل الجواب مجرى على إطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث)لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم ، يقال دار عامرة ودار غامرة، وقد شهدت أشعار العرب بذلك ،

ـ فى بيوت أذن الله أن ترفع ـ وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ، ولكن إذا أطلق البيت فى العرف فإنما يراد به مايبات فيه عادة فدخل الدهليز إذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لأن مثله يعتاد بيتوتة للضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الأتباع فى بعض الأوقات فيحنث . والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لايمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله ، وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ماصححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لأنه يبات فيه ، غاية الأمر أن مفتحه واسع ، وكذا الظلة إذا كان معناها ماهو داخل الباب مسقفا ، بخلاف ما إذا كان ساباطا وهو ماعلى ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له ، وسيأتى أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة فى العجم والعرب ، وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية :

يا دار مية بالعليـــاء فالسند أقوت وطال عليها سالف الأبد

(قوله وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الأوقات فصار كالشتوى والصيفى) الذى يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفا ، وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة (وهكذا كانت صفافهم) أى صفاف أهل الكوفة ، ذكر عن أبى حازم القاضى أن هذه أشكلت على حتى دخلت الكوفة ، فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب مجرى على إطلاقه) يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى للبيتوتة ، وهذا المعنى موجود فى الصفة ، إلا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث (ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم ، يقال دار عامرة ودار غامرة ، وقد شهدت أشعار العرب بذلك) فمنها ما قال لبيد :

عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها

عفا يعفو متعد ولازم وهنا لازم ، وتأبد المنزل : أى أقفر فألفته الوحوش ، والغول والرجام موضعان . يقول : عفت ديار الأحباب ماكان منها للحلول وما كان منها للإقامة ، وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية . وقال قائلهم :

الدار دار وإن زالت خوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

والبناء وصف فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر .

وقفت فيها أصيلانا أسائلها ... عيت جوابا وما بالربع من أحد
إلا الأوارى لأيا ما أبينها ... والنوى كالحوض بالمظلومة الجلد

إذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند إليه : أى يصعد لم يضرها السيل ، وأقوت أقفرت ، وطال عليها سالف الأبد بالباء السالف الماضى ، والأبد الدهر : أى طال عليها ماضى الزمان ، وهذا كناية عن خرابها ، وأصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلال ، وإنما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمساءلة ، وهذا السؤال توجع وتحسر ، وعيت جوابا عجزت ، يقال فى تعب البدن إعياء والفعل أعيا وفى كلام اللسان عيى . ورئى فاضل قادما إلى المدينة ماشيا فقال له

وهذا ظاهر . وقوله (والبناء وصف فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر) لما ذكر فى الأصول أن المحلوف عليه لابد وأن يكون معلوما ، فإذا كان مشارا إليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة إلى معرف بخلاف المنكر فإنه لامعرف له سوى الوصف فيكون معتبرا . واعترض بوجهين : أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة فى المنكر لما وقع المشتراة للموكل إذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لأنها غير موصوفة وهذا نقض إجمالى . والثانى أن البناء لايخلو إما أن يكون داخلا فى المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلا وجب أن لايختلف الحال بالغيبة والحضور فى الدخول كالعرصة . فإن لم يكن داخلا وجب أن لايختلف الحال أيضا فى عدم الدخول كما إذا حلف لايكلم رجلا لايتقيد يمينه برجل قاعد عالم إلى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة . وأجيب عن الأول بأن الدار فى الوكالة تعرفت بوجه لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست فى اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة . وعن الثانى بأن البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفى الرجال التزاحم فى الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال ، وهذه الصفات بأسرها تمتنع إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض فى الإرادة فتمتنع

(قوله واعترض بوجهين : أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول : أنت خبير بأنه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الأول . ثم أقول : قال فى الكافى : فإن قيل : ماذكرت أن الصفة فى العين غير معتبرة لايصح ، فإنه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد أن صار تمرا لايحنث ، ولو كانت الصفة ملغاة يحنث . قلنا : الصفة فى المعين لغو إلا إذا كانت داعية إلى اليمين كما فى مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر ، وصفة كون الدار مبنية لاتدعو إلى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالأصل دون الوصف ، كما لو حلف أن لايكلم هذا الصبى لم يتقيد بزمان صباه لأن الصبا لايدعو إلى اليمين لأنه داع إلى المبرة والمرحمة والتلطف قولا وفعلا . قال عليه الصلاة والسلام « من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا » وفى ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة ، كأنه قال : لا أكلم هذا ، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لأن صفة الصغر هنا لاتدعو إلى اليمين لأن الممتنع منه أكثر امتناعا من لحم الكبش ، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يكلم صبيا فكلم شيخا فإنه لايحنث لأن الصفة فى النكرة معتبرة اه . فإن قيل : إيش يعنى من كون الصفة داعية إن أردت صلوحها للدعوة فالبناء فى الدار كذلك إما لوهاء فى البناء أو ضيق أو معنى يبعثه إلى ترك الدخول ، وإن أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لأنه كما يضره فربما لا يضره أيضا ولذا ذكره بكلمة ربما فى الكتاب فينبغى أن يحنث . قلنا : أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لاتعارض الأصل بخلاف الرطب ، هكذا قيل وعليك بالتأمل (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول : جواب بمنع جريان الدليل إذ المراد بالمنكر فى الدليل هو المنكر من كل وجه (قوله وعن الثانى بأن البناء صفة الخ) أقول : جواب باختيار الشق الثانى ومنع وجوب عدم اختلاف الحال فى عدم الدخول مستندا لجواز إرادته بحكم العرف لتعينه فى غالب الاستعمال

. . . .

مولانا عيى أم أعيا ؟ فقال بل أعييت ، فوضع أعيت جوابا فى البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف . والأوارى جمع آرىّ وهى محابس الخيل ومرابطها ، واللأى البطء : أى تبينى لها ببطء فاستلزم تعبا . فمن فسر اللأى بالشدة فهو باللازم ، فإن البطء فى التبين لايكون إلا لتعب فيه ، والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله ، وما وقع فى بعض المواضع أنه حفيرة غلط ، وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فإنها لو كانت بئرا امتلأت فى لحظة وفاضت ، وإنما هو ماذكرنا ، ولذا قال فى البيت بعده :

ردت عليه أقاصيه وليـــدة   ضرب الوليدة بالمسحاة فى الثأد

يعنى ردت الوليدة وهى الأمة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى الثأد وهى الأرض الندية . قال الأعلم : وهو مصدر وصف به ، وأراد بالمظلومة الأرض التى لم تمطر ، والجلد الصلبة ، فيكون النؤى والوتد أشدّ ثباتا فيها . وقال امرؤ القيس :

يادار ماويـــة بالحائـــل   فالسهب فالخبتين من عاقـــل

صم صداها وعفا رسمهـــا   واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنيس بها فيسمع صوته ولاأحد يتكلم فيجيبه الصدى . وهو الذى يسمى بابنة الجبل . وقال امرؤ القيس :

لمن طلل أبصرته فشجانى   كخط زبور فى عسيب يمـانى

ديار لهند والرباب وفرتنى   ليالينا بالنعف من بدلان

يريد أنها درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته إذا كان فى عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخلة فهذه الأشعار وما لايحصى كثرة تشهد بأن اسم الدار للعرصة ليس غير ، لأن هؤلاء المتكلمين بهذه الأشعار لايريدون بالاسم إلا العرصة فقط فإن هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هى عرصات منزولات إنما يضعون فيها الأخبية لا أبنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم ، وإنما اللازم فيها كونها قد نزلت ، غير أنها فى عرف أهل المدن.. لايقال إلا بعد البناء فيها ، ولو انهدم بعد ذلك

الإرادة أصلا ، كذا فى النهاية محالا على الفوائد الظهيرية. وردّ بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو فى حيز النزاع . وأقول فى جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا فى المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل فى المعرف لاستغنائه عنه .

(قوله وردّ بأن البناء ضده الخراب الخ) أقول : كلام على السند الأخص مع أن البناء أصل فى الدار . قال فى الكافى : اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء ، لكن إذا بنيت تسمى دارا وإن انهدمت انتهى ، فالبناء صفة متعينة بأصالته والخراب لا يزاحمه، فليتأمل . وفى الكافى أيضا : الدار اسم لعرصة أدير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى . وفى هامشه : فأما العرصة قبل البناء لاتسمى دارا ألا ترى أن المفلوز والمزارع لا تسمى دارا (قوله وأقول فى جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا فى المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل فى المعرف الخ) أقول: لايخفى عليك أن دخول معنى فى المنكر مع خروجه فى المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه .

(ولو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث) لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، (وإن جعلت مسجدا أوحماما أوبستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لأنه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لايعود اسم الدارية (وإن حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لأنه لايبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه (وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لأن الاسم لم يبق بعد لانهدام.

بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها . فأما إذا محيت الأبنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر أن إطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دارفلان مجاز باعتبار ما كان، فالحقيقة أن يقال كانت دارا ، وإذا عرف ذلك فإذا حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة بأن صارت لابناء بها لايحنث، وهذا هو المراد فإنه قال فى مقابله فيما إذا حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث ، وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم إذا توارد حكمهما على محل ، فأما إذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى أن يحنث فى المنكر إلا أن يكون له نية ، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن البناء وإن كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ماتتعرف بالوصف ، وفى الغائب معتبر لأنه المعرف له (قوله ولو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ، ولو بنيت مسجدا أوحماما أو بستانا أو بنيت بيتا فدخله لم يحنث لأنها لم تبق دارا) وكذا إذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا من الحمام وما معه لأنه لايعود اسم الدارية بياء مشددة ، وكذا إذا بنى دارا بعد ماانهدم مابنى ثانيا من الحمام ونحوه لأنها غير تلك الدار التى منع نفسه من الدخول فيها . ويرد على هذا التفصيل أن البناء إن كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث إذا زال فى المنكر حق لكن ثبوت الحنث فى المشار إليها بعد ما صارت صحراء مشكل لأن كون الإشارة تعين الذات إنما يقتضى تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ، ويقتضى أيضا أنه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا أخرى لايحنث لأن هذا البناء الثانى ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه . فإن قيل : الحلف إذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد . قلنا : ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لايكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لايحنث بكلام أحدهم وإن لم يكن جزءا ، بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث فى المنكر فيما إذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى (قوله وإذا حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لأن اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى يبات فيه ، بخلاف الدار لأنها تسمى دارا ولا بناء فيها ، فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه ، وهذا

(ولو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ، وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم ، واليمين قد انعقدت بما يسمى دارا ولم يبق . وقوله (وكذا إذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر. قال (وإن حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لايبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم) قال الله تعالى - فتلك بيوتهم خاوية - فى بيوت منهدمة السقوف (ولأنه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام)

قال (ومن حاف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لأن السطح من الدار ؛ ألا ترى أن المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد . وقيل فى عرفنا لايحنث وهو اختيار الفقيه أبى الليث . قال (وكذا إذا دخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم

يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لاحاجة إليه لأنه معتاد للبيتوتة كما قدمنا ، والبيت لايلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى (وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لايحنث لأن الاسم لم يبق بعدالانهدام) وهذا المبنى غيرالبيت الذى منع نفسه دخوله . ولو حلف لايدخل بيتا فدخل بيت شعر أو فسطاطا إن كان من أهل البادية حنث وإلا لايحنث (قوله ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بأن ظفر من سطح إلى سطحها (حنث لأن السطح من الدار ، ألا يرى أن المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد . وقد يقال المبنى مختلف فإن الأيمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ماهو فى حكم المسجد خارجا فى العرف ؛ ألا يرى أن فناء المسجد له حكم المسجد فى بعض الأشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن فى المسجد ، ولا شك أنه خارج فالأقرب ماقيل الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة ، وهذا حاصل فى علوّ الدار وسطحها ، وهذا يتم إذا كان السطح بحضير ، فاو لم يكن له حضير فليس هو إلا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة إلا أن يكون عرف أنه يقال إنه داخل الدار . والحق أن السطح لا شك أنه من الدار لأنه من أجزائها حسا لكن لايلزم من القيام عليه أن يقال فى العرف دخل الدار بل لايتعلق لفظ دخل إلا بجوف الدار حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل ، وهذا فى عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم . ولو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما إذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم على ما إذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادى (قوله وقيل فى عرفنا لايحنث) أى بالوقوف على السطح ، وكذا لايحنث بالصعود على شجرة داخلها لأنه لايسمى داخل الدار مالم يدخل جوفها ، وكذا إذا قام على حائط منها (قوله وكذا إذا دخل دهليزها) يعنى يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهوأن يكون له حوائط وهو مسقف ، وأنت علمت أن السقف ليس لازما فى مسمى البيت بل فى مسمى البيت الشتوى ،

وأنه صار بيتا بسبب حادث ، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه فلا يحنث ، كذا فى الشروح (ومن حاف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها) بالصعود إليه من خارج (حنث لأن السطح من الدار) لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل فى علوها وسفلها (ألا ترىأن المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ، ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لأنه قال من قبل والبناء وصف فيها ،وقيل إذا وقف على السطح لايحنث فى عرفنا . قال الفقيه أبو الليث فى النوازل :إن كان الحالف من بلاد العجم لايحنث مالم يدخل الدار لأن الناس لايعرفون ذلك دخولا فى الدار(وكذا إذا دخل دهليزها يحنث) ذكره القدورى مطلقا. قال المصنف (ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم) يعنى به قوله وإذا أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف .

(قوله وهو مسقف) أقول :أنت خبير بأنه لايشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بذلك العلامة الزيلعى لأن اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء، بخلاف البيت فكان ينبغى أن لا يذكره الشارح .

(وإن وقف فى طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

(قوله وإن وقف فى طاق الباب وهو بحيث إذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب فى الدار) ولو أدخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف لايخرج فأخرج إحداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال الشافعى وأحمد ومالك رحمهم الله «وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف فى المسجد وهى فى بيتها» لأن قيامه بالرجلين فلا يكون بإحداهما داخلا ولا خارجا . وفى هذا خلاف فإنه ذكر فى الخلاصة : لو قال لامرأته إن خرجت إلا بإذنى فأنت طالق ، فقامت على أسقفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقى خارجا إن كان اعتمادها على النصف الخارج حنث ، وإن كان على النصف الداخل أو عليهما لايحنث . قال : وفى المحيط لو أدخل إحدى رجليه لايحنث ، وبه أخذ الشيخان الإمامان شمسا الأئمة الحلوانى والسرخسى ، هذا إذا كان يدخل قائما ، فأما إذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلا ، وإن كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لايحنث .

[فروع] حلف لايدخل هذه الدار فأدخل مكرها : أى محمولا لايحنث ، فإن أدخل وهو بحال لايقدر على المنع لكن رضى بقلبه اختلفوا ، والأصح لايحنث ، فلو خرج بعد دخوله مكرها : أى محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا . قال السيد أبو شجاع : لايحنث ، وهكذا فى شرح الطحاوى . وقال القاضى الإمام : الأصح أنه يحنث ، وسيأتى له تتمة . ولو اشتد فى المشى فوقع فى الباب يحنث ، ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع إلى السكة حنث إذا كان أحد بابيه فى السكة والآخر فى الدار ، وكذا لو دخل فى علوها على الطريق وله باب فى الدار ، وكذا الكنيف إذا كان بابه فى الدار . ولو حلف لايدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران ، بخلاف كورة بخارى أو رستاق ، كذا إذا دخل أرضها حنث . والفتوى فى زماننا أن كورة بخارى على العمران ، وعلى هذا القياس إذا حلف لايدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث ، وعلى الحمل على العمران لايحنث حتى يدخلها ، ولو حلف لايدخل بغداد فمرّ بها فى سفينة بدجلة عند محمد يحنث ، وعندهما لايحنث وعليه الفتوى . ولو حلف لايدخل الفرات فدخلت سفينته فى الفرات أو دخل جسرا لايحنث . ولو قال إن وضعت قدمى فى دار فلان فكذا فوضع إحدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لأن وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث فى الحلف لا يدخل بوضع إحدى رجليه . ولو حلف لايدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحنث كالدار . ولو حلف لايدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لايحنث فى المختار . قال فى مجموع النوازل : هذا إذا لم يكن للمسجد باب فى السكة ، وكذا إذا دخل بيتا فى طريق السكة إن كان له باب فيها حنث ، وإن كان ظهره فيها وبابه فى سكة أخرى لايحنث ، هذا هو الصحيح ، ولو كان له بابان باب فيها وباب فى غيرها حنث . ولو حلف لايدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لايحنث ، ولو كان لها باب

قوله (وإن وقف فى طاق الباب) ظاهر .

قال (ومن حلف لايدخل هذه‌الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا. والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن‌الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل

حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لأن الحلف على باب منسوب إليها فيستوى القديم والحادث إلا إن عين ذلك الباب فى حلفه ، ولو نواه ولم يعينه فى حلفه لايدين فى القضاء . ولو حلف لايدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها إن كان لها مفتح فى الدار ينتفع به بأن يستقوا منه حنث إذا وصل هناك ، وإن كان لاينتفعون به إنما هو لإضاءة القناة لايحنث . ولوحلف لايدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب فى مكان آخر فدخله حنث (قوله ومن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث) بالمكث فيها أياما وهو المراد بالقعود المذكور فى الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا. والقياس أن يحنث بالمكث وإن قصر لأن الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت إرادته به : أعنى لو حلف لايدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح ، حتى لو دخل ابتداء لايحنث فيما بينه وبين الله تعالى (وجه الاستحسان أن الدخول) حقيقة لغة وعرفا فى الانفصال من الخارج إلى الداخل ولا دوام لذلك ، فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه ، وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازا لأنه لازم للدخول عادة وإن قل إذ كان الدخول يراد للمكث لايقتضى الحنث به لأن اليمين لاتنعقد على المعنى المجازى للفظ بل الحقيقى ، وكذا لوكان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذ لم يخرج ، ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث . وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس فى مقابلة الاستحسان فإن القياس الكائن فى مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع إلى الذهن ، ولا يتسارع لأحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيما فيقضى العجب من زفر بقوله بالحنث ، وهذه المسئلة عليها الأئمة الأربعة إلا فى وجه عند الشافعية كقول زفر . ونظير المسئلة حلف لايخرج وهو خارج لايحنث حتى يدخل ثم يخرج ، وكذا لايتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لايحنث ، بخلاف المسائل التى ذكرها بقوله لو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه ، وكذا لايركب هذه الدابة وهو راكبها أو لايسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث ، فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ فى النقلة لم يحنث خلافا لزفر . أما الأول وهو الحنث بمكثه فلأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ، ولهذا لو قال لها كلما ركبت دابة فأنت طالق وهى راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت ، فإن مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى ، بخلاف مالو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وإن طال مكثه ، لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكبا يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وإن كان له حكم الابتداء ، بخلاف حلف الراكب لايركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما فى حكمه عرفا ، واستوضح على أن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا يرى أنه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا ، بخلاف الدخول فإنه لايقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول ، بل يقال فى مجارى الكلام دخلت عليه يوما مرادا به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير ، وإما مطلق

وقوله (وجه الاستحسان) تقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام ، والدخول لادوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل وليس له دوام ، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أينية تسمى نقلة .

(قوله والدخول لادوام له إلى قوله وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى الخ) أقول : بل ماذكره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما إذا وضع إحدى رجليه فى الداخل والأخرى فى الخارج بخلاف ماقاله فليتأمل .

(ولو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه فى الحال لم يحنث) وكذا إذا حلف لايركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث ، وكذا لو حلف لايسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ فى النقلة من ساعته . وقال زفر : يحنث لوجود الشرط وإن قلّ . ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فإن لبث على حاله ساعة حنث) لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ؛ ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لايقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه .

الوقت إذا كان لايمتد فيراد به مايعم النهار والليل ، وذلك أعنى عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل أنه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكررا ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث إلا بابتداء الفعل إلا أن ينوى به البقاء ، وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء . وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لأنه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا . وفرّع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها فى معنى الابتداء أنه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لايحنث بمنزلة مالو نزعه ثم لبسه فى الغد . ثم إنه إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها ، فأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذى السلطان أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لايقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لايحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر ، وأورد ماذكر الفضلى فيمن قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهى طالق فقيد أو منع من الخروج حنث ، وكذا إذا قال لامرأته وهى فى منزل أبيها إن لم تحضرى الليلة منزلى فطالق فمنعها أبوها حنث . أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لأن العدم

وقوله (ولو حلف لايلبس هذا الثوب) ظاهر. وقول زفر قياس وقولهم استحسان. وحاصل كلامه أن الأفعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لايقبله. والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا . والاستدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء قال الله تعالى ـ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ـ أى فلا تمكث قاعدا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا ، وعلى هذا قالوا إذا قال لها كلما ركبت فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت أخرى لأن للدوام حكم الابتداء ، وكلمة كلما تعم الأفعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط . ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلىّ أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه فى الركوب ، ولو كان ماذكرتم صحيحا للزمه أكثر من ذلك . وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مرادا ، ولهذا قلنا فى هذا الفصل إذا كان راكبا وقت اليمين لزمه فى كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد ، وإنما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال فى مجارى كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لابمعنى المدة والتوقيت . وقوله (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه) سماه محتملا وإن كان قوله لايركب حقيقة فى الابتداء لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكبا ، وأما إذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته .

(قال المصنف : ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول : قوله منه : أى من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع إلى المتكلم . وقوله (زمان تحقيقه) يعنى زمان النزع والنزول والنقلة .

قال (ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث) لأنه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا ، فإن السوقى عامة نهاره فى السوق ويقول أسكن سكة كذا . والبيت والمحلة

لايتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختيارى وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لاساكنا فلم يتحقق شرط الحنث ، وسنذكره فى فروع ونوضح الوجه بأتم إن شاء الله ، وكذا لو بقى أياما فى طلب مسكن وترك الأمتعة والأهل فى هذه الأيام لايحنث فى الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط فى الطلب ، وهذا إذا خرج من ساعته فى طلب المنزل . ولو أخذ فى النقلة شيئا فشيئا ، فإن كانت النقلات لاتفتر لايحنث ، ولوأمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه فى يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر مايسمى ناقلا فى العرف . وأما الثانى فوجه قول زفر رحمه الله إن الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس. ولنا أن اليمين تعقد للبرّ لا للحنث ابتداء وإن وجب الحنث فى بعض الأوقات ، وإذا كان المقصود من اليمين وضعا البرّ وجب استثناء مقدار مايحققه من الزمان وهو قدر مايمكنه فيه النزول والنقلة والنزع (قوله ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التى قبلها ، لما كان بالأخذ فى النقلة من ساعته يبرّ ذكر معنى النقلة التى بها يتحقق البرّ ، فبين أنه لابد فى كونه منتقلا من الدار من نقل الأهل والمال ، وكذا الحالف على أن لايسكن فى هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث ، وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المتأهل ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا . واستشهد للعرف بأن السوقى عامة نهاره فى السوق بحيث لايخرج عنه إلا ليلا أو بعض الليل أيضا ويقول أنا ساكن فى محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها ، وبهذا القول قال أحمد ومالك ، وعند الشافعى لايحنث إذا خرج بنية التحويل . قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبنى على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ، ولا تعتبر العادة بخلافها وهو إذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل ، إذ لاشك فى أنه بنفسه انتقل : وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة ، والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه . والعادة أن من كان أهله بمكان ببلدة هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فبنى اللفظ عليه ، وهذا إذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله ، فإن كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها . فلو حلف أحدهما لايسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهى زوجها ومالها لايحنث ، وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلفه بالعربية ، فلو عقد بالفارسية لايحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلا بسكناه . نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك أن السوقى إنما يقول أنا ساكن فى محلة كذا وهوعلى نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما إذا خرج عازما على عدم العود كما هى صورة المسئلة ، فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى أن العرف على أنه ساكن مالم ينقل أهله وماله حتى إنه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن

وقوله (ومن حلف لايسكن هذه الدار) يعنى وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها . وفيه إشارة إلى أنه لولم يكن متأهلا بل هوممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث ، والمتأهل إذا حلف ، فأما إن حلف على الدار أو المصر أو القرية ، فإن كان الأوّل فلابد من نقل أهله ومتاعه ، وإن كان الثانى يكتفى بنقله إلى مصر آخر على ماروى

(قوله فخرج بنفسه) أقول : وترك المتاع .

بمنزلة الدار . ولو كان اليمين على المصر لايتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله لأنه لايعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا . بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب . ثم قال أبوحنيفة رحمه الله : لابد من نقل كل المتاع ،حتى لو بقى وتد يحنث لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى مابقى شىء منه . وقال أبويوسف رحمة الله تعالى عليه . يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد رحمة الله تعالى عليه : يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ماوراء ذلك ليس من السكنى . قالوا : هذا أحسن وأرفق بالناس

مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان اليمين على المصر إلى آخره) ماتقدم كان فيما إذا حلف لايسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهى تسمى فى عرفنا الحارة ، فلو كان حلف لايسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال : لايتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، نقله الفقيه أبو الليث عن أمالى أبي يوسف رحمه الله لأنه لايعد ساكنا فى المصر الذى انتقل عنه بنفسه وإن ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهوبنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب) فلو حلف لايسكن هذه القرية أو البلدة وهى قرية فانتقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله فى الأولى لا يحنث ، وقوله فى الصحيح احتراز عمن قال هى كما لو حلف لايسكن الدار فيحنث (قوله ثم قال أبو حنيفة لابد) فى كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع ،حتى لو بقى وتد ونحوه يحنث لأن السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى مابقى منه شىء) فى المبسوط : وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكون فى العصير مانعا من أن يكون خمرا ، وبقاء مسلم واحد منا فى بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار حرب إلا أن مشايخنا قالوا هذا إذا كان الباقى يتأتى به السكنى ، وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لايبقى فيها ساكنا فلا يحنث . وحقيقة وجه دفعه أن قوله السكنى تثبت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة فى سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار فى المكان منعناه ، وإلا لزم أنه لو سرق بعض تلك الأمتعة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فإنما هى منوطة فى العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة فى السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل ، على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعدّ من خرج لايريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه تاركا لسكنى ذلك المكان (وقال أبويوسف : يعتبر فى البر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر) بأن يغفل عن شىء كإبرة فى شق حائط أو يتعسر (وقال محمد : يعتبر فى البر نقل مايقوم به كدخدائيته) أى سكناه فيما انتقل إليه (لأن ماوراء ذلك ليس من السكنى) إذ ليس من حاجتها . قال المصنف رحمه الله (قالوا : هذا أحسن وأرفق بالناس فى نفى الحنث) عنهم ، ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه ، وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى على أن الفتوى

عن أبي يوسف ، وإن كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح ، والحاكم فى ذلك العرف ليس إلا . ثم اختلفوا فى كيفية النقل على ماذكر فى الكتاب ، واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ماكان معه من الأهل والمتاع ، فإذا أخرج بعضه انتفى سكناه لأن الكل ينتفى بانتفاء البعض . وأجيب بأن الكل ينتفى بانتفاء جزء حقيقى لا اعتبارى ، وما ذكرتم ليس كذلك .

(قوله بانتفاء جزء حقيقى لااعتبارى) أقول : كالقراءة فى الصلاة .

وينبغى أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ ، فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبرّ ، دليله فى الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول فى حق الصلاة كذا هذا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

على قول أبى يوسف ، ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف فى أنه ساكن أولا . والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فى هذا المكان بل انتقل عنه وسكن فى المكان الفلانى ، وهذا الخلاف فى نقل الأمتعة أما الأهل فلا بد فى البرّ من نقلهم كلهم اتفاقا (قوله وينبغى أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبرّ) بالاتفاق ، فإنه لو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبرّ بالاتفاق فإنهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما فى الزيادات . كوفى نقل عياله إلى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة يصلى بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة ، وإن بدا له فى الطريق قبل أن يدخل إلى مكة صلى بالكوفة مارا عليها أربعا لأن وطنه الأول بالكوفة قائم مالم يتخذ وطنا آخر ، فكذا هنا يبقى وطنه الأول مالم يتخذ وطنا آخر . وقيل لا يحنث لأنه لم يبق ساكنا . وقال أبو الليث : إن سلم داره بإجارة أورد المستأجرة إلى المؤاجر لا يحنث وإن لم يتخذ دارا أخرى ، وإطلاق عدم الحنث أوجه ، وكون وطنه باقيا فى حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه إنه ساكن فى تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا ، وإذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن فى مكان حتى ينظر أين يسكن ، وإذا ثبت نفى تلك السكنى ثبت البرّ ، والله تعالى أعلم .

(وينبغى أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ) وقال فى الشافى : إن لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذى سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث لأن حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر ، وكذلك لو سدّ عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر . ونوقض بما ذكره الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث ، وكذا لو قال لامرأته وهى فى منزل والدها إن لم تحضرى الليلة منزلى فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث . وأجيب بأن فى مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى . وأنه فعل وجودى لا يحصل بدون الاختيار . ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة ، وأما فى صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج إلى اختيار (فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا : لا يبرّ) وقيل يبرّ لأنه لم يبق ساكنا . ودليل الأول ماذكرناه فى الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول فى حق الصلاة كذا هذا . وصورته : كوفى نقل عياله إلى

(قوله بعذر الليل) أقول : إذا كانت اليمين فى جوف الليل (قوله أو بمنع ذى سلطان الخ) أقول : فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء لأن الفعل الحقيقى لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط فتأمل فى جوابه (قوله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول : منقوض بفعل المغمى عليه وقد سبق أنه يحنث (قوله شرط الحنث السكنى وأنه فعل وجودى) أقول : لأن السكنى هى الكون على مامر والأكوان بديهية الوجود عند المتكلمين .

(باب اليمين فى الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

قال (ومن حلف لايخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث) لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر (ولوحمله برضاه لابأمره لايحنث)

(باب اليمين فى الخروج والإتيان والركوب)

الخروج مقابل للدخول فناسب إعقابه به ، ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان ، فلما ارتبطت أوردها فى باب الخروج (قوله ومن حلف لايخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث ، لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا ، ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل ، والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الإكراه المعروف ، وهو أن يتوعده حتى يفعل ، فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لايعدم الفعل عندنا ، ونظيره مالو حلف لايأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث .ولو أوجر فى حلقه لايحنث ، ولوحمله برضاه لابأمره لايحنث

مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإنه يصلى بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة ، وإن بدا له فى الطريق قبل أن يدخل مكة أن لايستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإنه يصلى بالكوفة أربعا لأن وطنه بالكوفة قائم مالم يتخذ وطنا آخر ، فكذا هذا . وفى بعض الشراح قوله قالوا لايبرّ معناه إذا لم يكن فى طلب مسكن آخر ، أما إذا كان وبقى على ذلك أياما فلا يحنث فى الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه لايمكنه طرح الأمتعة فى السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة ، والله أعلم .

(باب اليمين فى الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لأن له مناسبة المضادة بالدخول ، وأما الإتيان والركوب فهما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج . قوله (ومن حلف لايخرج من المسجد) ظاهر ، وكذلك الحكم فى الدار والبيت . وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله إنسان فيخرجه مكرها لأنه حينئذ لم يوجد منه الفعل لاحقيقة ولا حكما ، وأما إذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره فإنه يحنث لوجود الفعل منه ، ثم هل تنحل اليمين إذا حمل مكرها ، قيل تنحل كما لو حلف لايدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين ، وقيل لاتنحل وهو الصحيح .

(باب اليمين فى الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

(قوله وقيل لاتنحل الخ) أقول : لوحلف لا أشرب الخمر فصبت فى حلقه إكراها هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعا هل يحنث ؟ ينبغى أن يكون على هذا الخلاف ، والمذكور فى الفتاوى أنه يحنث .

فى الصحيح ، لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا . قال (ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضىّ بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لايخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث)لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط ، إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج (ولو حلف لايأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لأنه عبارة عن الوصول ، قال الله تعالى ـ فأتيا فرعون فقولا ـ ولو حلف لايذهب إليها قيل هو كالإتيان ، وقيل هو كالخروج

فى الصحيح . وقيل يحنث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر . وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ، ولو قيل قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لأن من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا فلا دفع بفرع اتفاقى . وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لايضمن المتلف لانتساب الإتلاف إليه بالأمر . فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه راضيا أو لا ، ثم إذا لم يحنث بإخراجه محمولا لإنسان أو بهبوب ريح حملته هل تنحل اليمين ؟ قال السيد أبو شجاع : تنحل وهو أرفق بالناس . وقال غيره من المشايخ : لاتنحل وهو الصحيح . ذكره التمرتاشى وقاضيخان ، وذلك لأنه إنما لايحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه ، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ، ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث ؟ فمن قال انحلت قال لايحنث ، وهذا بيان كونه أرفق بالناس ، ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لايخرج من داره إلا إلى جنازة) ونحوه فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحنث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه ، والمضى بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو حلف لايخرج إلى مكة) أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث ، وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع . ومقتضى هذا أن يحنث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضى إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغى أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لايأتيها) فخرج بقصدها (لم يحنث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول ، قال تعالى ـ فأتيا فرعون فقولا ـ ولو حلف لايذهب إليها قيل هو كالإتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير ، قال تعالى ـ اذهبا إلى فرعون ـ والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر

وقوله(فى الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإنهم قالوا إنه يحنث لما أنه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج . وقوله (والمضىّ بعد ذلك ليس بخروج) يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج ولم يوجد.وقوله(ولوحلف لايخرج إلى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ : الخروج والإتيان والذهاب والأول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول ، قال الله تعالى ـ ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ـ وأراد به الانفصال . والثانى شرطه الوصول قال الله تعالى ـ فأتيا فرعون ـ فإذا وصل حنث سواء كان قاصدا أو لم يكن . والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الإتيان لقوله تعالى ـ اذهبا إلى فرعون ـ والمراد به الإتيان . وقال محمد بن سلمة : هو بمنزلة الخروج ، قال الله تعالى ـ إنما

وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال (وإن حلف ليأتينّ البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من أجزاء حياته) لأن البرّ قبل ذلك مرجوّ (ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وفسره فى الجامع الصغير وقال : إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجىء أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث ، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب فى المتعارف . فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضا لما بينا ، وقيل لا تصح لأنه خلاف الظاهر

الإسلام . قال المصنف (وهو الأصح) قال تعالى ـ ليذهب عنكم الرجس ـ أى يزيله ، فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث ، وكونه استعمل مرادا به الوصول فى ـ اذهبا إلى فرعون ـ لا يدل على أنه لازم فى استعمالاته ، غاية الأمر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول ، فلا يتعين أحدهما لتحقق المسمى بمجرد الانفصال ، وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئا ، ولو نوى به الخروج أو الإتيان صحت نيته . ثم فى الخروج والذهاب إليه يشترط للحنث الخروج عن قصد ، وفى الإتيان إليه لا يشترط القصد للحنث ، بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد ، كذا فى جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وإن حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الأفعال المستقبلة إذا حلف على أن يفعلها فى المستقبل ، فإما أن يطلقها أو يوقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو فيما بينى وبين يوم الجمعة ، فى المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البرّ لأن اليمين تبقى ما أمكن البرّ ، وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البرّ بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس عن البرّ فيحكم حينئذ بالحنث ، ولا يقع اليأس إلا فى آخر جزء من أجزاء الحياة ، فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ، ولا فرق فى ذلك بين موته وموتها فى الصحيح وتقدمت هذه فى الطلاق ، وفى المقيدة تتعلق بآخر الوقت ، فلو مات قبل مضىّ الوقت ولم يفعل لم يحنث ، فإذا قال إن لم أفعل كذا غدا فعبدى حرّ فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده (قوله ولو حلف) أى بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا إن استطاع) وصورته فى التعليق أن يقول امرأتى طالق إن لم آتك غدا إن استطعت ، ولا نية له تصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه ، وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التى هى القدرة

يريد الله ليذهب عنكم الرجس ـ والإذهاب الإزالة ، فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول . قال المصنف (وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال . ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين : أحدهما صحة الأسباب والآلات قال الله تعالى ـ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ـ وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة . والثانى القدرة الحقيقية وهى نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند إرادته إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا ، قال الله تعالى ـ ما كانوا يستطيعون السمع ـ إذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف إلى الأول لأنه هو المتعارف ، وإن عنى الثانى وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى أى أراد حقيقة كلامه . وقيل يصدق قضاء أيضا لما بينا أنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصح قضاء لأنه خلاف الظاهر ، لما بينا أن الأول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه .

(ومن حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن فى كل خروج) لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل فى الحظر العام . ولو نوى الإذن مرة يصدّق ديانة لاقضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

التى لاتسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى . ولو أراد هذه بقوله إن استطعت صحت إرادتها ، فإذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لايحنث كأنه قال لآتينك إن خلق الله تعالى إتيانى أو إلا أن لايخلق إتيانى ، وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة وإلا لأتى ، وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط ؟ قيل يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر ، وهو قول الرازى ، وقيل ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين . والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث) ولا بد من الإذن فى كل خروج ، ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه ، لأن المستثنى فى قوله إلا بإذنى خروج مقرون بالإذن ، فما وراء ذلك الخروج الملصق بالإذن داخل فى الحظر العام . وهو النكرة المؤوّلة من الفعل فى سياق النفى ، فإن المعنى لاتخرجى خروجا إلاخروجا بإذنى ، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإن قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الإذن العام . ولأبى يوسف أنه إنما عمل نهيه بعد المرة لأنه مفيد لبقاء اليمين بعده . بخلاف النهى بعد الإذن العام لأنه لايفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام . ولو أذن لها إذنا غير مسموع لم يكن إذنا فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره . ولهما أن الإذن إنما سمى إذنا لكونه معلما أو لوقوعه فى الإذن ولم يوجد ، ثم انعقاد اليمين على الإذن فى قوله إن خرجت إلا بإذنى فأنت طالق ، أو والله لاتخرجين إلا بإذنى مقيد ببقاء النكاح ، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته ، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لاتطلق ، وإن كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد على مدة بقاء النكاح . ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لاقضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لايصدق القاضى ، أما إنه خلاف الظاهر . فظاهر مما قررناه ،

(ولو حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه احتاج إلى الإذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا إذن حنث لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، لأن تقديره والله لاتخرجى إلا خروجا ملصقا بإذنى لأن الباء للإلصاق فيقتضى ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه : أى ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام (ولو نوى الإذن مرة صدق ديانة لاقضاء لأنه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء . ولو قال إلا أن

(قال المصنف : ومن حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه) أقول : فى البدائع إن أراد بقوله إلا بإذنى مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وفى القضاء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف ، ويروى عنه أنه لا يدين فى القضاء اهـ . وصرح بأن الأول هو ظاهر الرواية ، وفى غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله لأن تقديره والله لا تخرجى الخ) أقول : هذا ما لا معنى له (قوله فيقتضى ملصقا وملصقا به) أقول : يعنى يقتضى ملصقا وهو الخروج ويقتضى ملصقا به وهو الإذن .

(ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) لأن هذه كلمة غاية فتنتهى اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك

وأما إنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب الغاية فى قوله لاتخرجى حتى آذن لك ، وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما ، فيستعار إلا بإذنى لمعنى حتى آذن وفى حتى آذن تنحل بمرة واحدة . وقد بحث بعضهم فى حتى أنها أيضا توجب التكرار ، واستدل بقوله تعالى - حتى تستأنسوا - فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم - ونحن نقول إن قام الإجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع ، وإنما الكلام فى أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا ، فإنه إذا قال حتى آذن لك يكون قد جعل النهى عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ماهو إذن ، وبمرة واحدة من الإذن يتحقق ما هو إذن فيتحقق غاية النهى فيزول المنع المضاف إلى اللفظ ، فإن كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه ، وظاهر مذهب الشافعى فى قوله إلا بإذنى أنه تنتهى اليمين بخرجة واحدة بإذن الزوج أو بغير إذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا إذن . وفى وجه كقولنا وهو اختيار المزنى والقفال (قوله ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) ونقل عن أحمد لزوم تكرار الإذن فيه أيضا مثل إلا بإذنى وهو قول الفراء لأن المعنى إلا خروجا بإذنى لأن أن والفعل فى تأويل المصدر ولا يصح إلا خروجا إذنى فلزم إرادة الباء فصار بإذنى . والجواب أنه لابد من أحد الأمرين ، أما ماذكر من إرادة الباء محذوفة أو ماقلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا : أى حتى آذن لك ، وعلى الأول يكون كالأول ، وعلى الثانى ينعقد على إذن واحد ، وإذا لزم فى إلا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما ، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لأنه تصرف فى وصف اللفظ ، ومجاز الحذف تصرف فى ذاته بالإعدام مع الإرادة ، ثم هو موافق للاستعمال القرآنى ، قال تعالى - لايزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم - فإن قيل : قد تحقق بمعنى ما بإضمار الباء أيضا فى قوله تعالى - لاتدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم - الآية ، والثابت وجوب تكرار الإذن . أجيب بالمنع ، بل وجوب التكرار بغيره من الأدلة الموجبة منع دخول الإنسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بإذنه ، وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل - وما تشاءون إلا أن يشاء الله - ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله - ولكن لاتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا - لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

---

آذن لك كى إذن واحد لما ذكر فى الكتاب . واعترض عليه بقوله تعالى - لاتدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم - وكان تكرار الإذن لازما . وأجيب بأن ذلك بدليل خارجى وهو قوله تعالى - إن ذلكم كان يؤذى النبى - وتمام التقرير فيه ذكرناه فى الأنوار والتقرير ؛ ومعنى قوله لأن هذه كلمة غاية : أى كلمة تفيد معنى الغاية لأن إلا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء ، وتعذر حمله عليه لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن حتى يستثنى الإذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما ، وهو أن حكم ماقبل الغاية مخالف لما بعدها ، كما أن حكم ماقبل الاستثناء يخالف حكم مابعده .

(قال المصنف : إلا أن آذن لك الخ) أقول : قال الإمام الزيلعى : ولو نوى التعدد بقوله إلا أن آذن لك صدق قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لأن كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال : إلا بأن آذن لك ، ولأن فيه تغليظا على نفسه فيصدق اه . وفيه احتمال آخر مذكور فى شرح الوقاية لصدر الشريعة .

(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث) وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدى حرّ فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور . وتفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره . ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا . ومبنى الأيمان عليه (ولو قال له رجل

وغير ذلك فإن كلا منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر ، فإنما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه . وقد أجيب أيضا عن الآية الأولى أن لزوم تكرار الإذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى - إن ذلكم كان يؤذى النبي فيستحيي منكم - فألزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لأن خروج المرأة بغير إذن الزوج مما يؤذى الزوج أيضا ، وهذا ذهول عظيم لأن الثابت بالعلة المنصوصة فى قوله تعالى - إن ذلكم كان يؤذى النبى - المنع الذى هو حكم شرعى ، وهو يثبت بالعلل الشرعية ، أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة ، وذلك لايكون إلا باللفظ الناصّ على المحلوف عليه لابالعلة لو صرح بها بأن قال والله لا أشرب ماء العنب المشتد لإسكاره فإنه لو شرب مزرا لايقول أحد إنه حنث ولزمه كفارة مع أنه لم يحلف عليه . بخلاف مالو حلف لايشرب مسكرا ، فكيف إذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا إذن . نعم قد يقال : لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول إلا بإذن، وكل مشيئة للعباد إلا بمشيئة الله تعالى ، وكل قول إنى فاعلٌ غدا كذا إلا بقرانه بالمشيئة سوى الأدلة المذكورة خصوصا فى الأخير . ولو فرض الإجماع على ذلك فمستند الإجماع ليس إلا هذه الأدلة . وأقل ما فى الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح . وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون فى غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرا مفهوما من اللفظ بلا زيادة تأمل . وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أنّ وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما إلى أن آذن لك . ويجب أن يسلك به مسلك حتّى ، وبغير إذنى . ويجب فيه تكرار الإذن مثل إلا بإذنى لأن المعنى فيهما واحد مع وجود الباء ، وهذا كله بخلاف مالو قال لا أكلم فلانا إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن أو إلا أن يقدم فلان أو حتّى يقدم ، أو قال لرجل فى داره والله لاتخرج إلا بإذنى فإنه لايتكرر اليمين فى هذا كله لأن قدوم فلان لايتكرر عادة ، والإذن فى الكلام يتناول كل مايوجد من الكلام بعد الإذن ، وكذا خروج الرجل مما لايتكرر عادة ، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لايتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج ، إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجى كلما أردت الخروج ونحوه ، فكان الاقتصار فى هذا الوجود الصارف عن التكرار ، لا لأن العرف فى الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا ، وثبوت خلافه للصارف العرفى ، ثم ذلك المؤدى اللفظى فى مثل إن خرجت إلا بإذنى ، وإلا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدى حرّ فتركه ثم ضربه ، وهذه تسمى يمين الفور ، انفرد أبو حنيفة رضى الله عنه بإظهارها) وكانت اليمين فى عرفهم قسمين : مؤبدة وهى أن يحلف مطلقا ،

قال (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين يمين فور) وهو فى الأصل مصدر فارت القدر إذا غلت ، فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لاريب فيها ولا لبث ، فقيل جاء فلان وخرج فلان من فورة : أى من ساعته (وتفرّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره) أى باستنباطه ، وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين : مؤبدة ، ومؤقتة لفظا . ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والمؤقت معنى ، وقد أخذه من

اجلس فتغدّ عندى قال إن تغديت فعبدى حرّ فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحنث) لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه ، بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا (ومن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون

وموقتة وهى أن يحلف أن لايفعل كذا اليوم أو هذا الشهر . فأخرج أبو حنيفة رضى الله عنه يمين الفور وهى يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال . وهى مايكون جوابا لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر تعال تغدّ عندى فيقول إن تغديت فعبدى حرّ فيتقيد بالحال ، فإذا تغدى فى يومه فى منزله لايحنث لأنه حين وقع جوابا تضمن إعادة ما فى السؤال والمسئول الغداء الحالى فينصرف الحلف إلى الغداء الحالى لتقع المطابقة فلزم الحال بدلالة الحال ، بخلاف مالو قال إن تغديت اليوم فإنه يحنث إذا تغدى فى منزله من يومه لأنه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لامجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال ، والغاؤه أولى من إلغاء لفظ صريح فى معناه أومايكون بناء على أمر حالى ، كامرأة تهيأت للخروج فحلف لاتخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لايحنث لأن قصده أن يمنعها من الخروج الذى تهيأت له فكأنه قال إن خرجت الساعة ، ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لايضربه ، فإذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لايحنث الحالف بعينه . وقال زفر رحمه الله يحنث . وهو قول الشافعى لأنه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب ، فاعتبر الإطلاق اللفظى وهو القياس . وجه الاستحسان ماذكرنا ، والكلام فيما إذا لم يكن للحالف نية (قوله ومن حلف لايركب دابة فلان) اعلم أنه إذا

حديث جابر وابنه رضى الله عنهما حين دعيا إلى نصرة رجل فحلفا أن لاينصراه ثم نصراه ولم يحنثا ، واعتبر فى ذلك العرف فإن الحالف فى العادة يقصد بهذا اللفظ منعهما عن الخرجة التى تهيأت لها إلا من الخروج على التأبيد ، فإذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلايحنث بعد ذلك ، وإن خرجت والعرف له اعتبار فى باب الأيمان ؛ وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر إن ضربته فعبدى حرّ يتقيد بتلك الضربة ، وعلى هذا إذا قال له اجلس تغدّ عندى فقال إن تغديت فعبدى حرّ وكلامه ظاهر . ولو قال إن تغديت اليوم يجعل مبتدئا لأنه زاد على مقدار الجواب ، فنى تطبيقه على السؤال إلغاء الزيادة . فإن قيل : الزيادة لاتضر كونه جوابا للسؤال ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى - قال هى عصاى أتوكأ عليها وأهش بها على غنمى ولى فيها مآرب أخرى - فى جواب قوله تعالى - وما تلك بيمينك ياموسى - كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاى ولم يخرجه عن كونه جوابا . أجيب بأن كلمة «ما» تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات ، وحيث وقعت فى حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال . قال صاحب النهاية : إلى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية ، وفيه نظر لأن أهل البلاغة قالوا : إن «ما» يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة . سلمنا . ولكن الأفعال المسندة إلى موسى عليه السلام لاتكون أوصافا ، ولئن كانت لاتكون أوصافا للعصا . وأقول : الزيادة على حرف الجواب لاتصرفه عن كونه جوابا له البتة ، وإنما يجعل كلاما مبتدأ إذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه إعمالا للزيادة كما فى المسئلة وليس فى الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوّح إلى هذا قوله فيجعل مبتدئا (قوله ومن حلف لايركب دابة فلان) الدابة فى اللغة كل مايدبّ من الحيوانات :

(قوله أن « ما » يسأل بها الخ) أقول : قال العلامة الشريف فى شرح المفتاح : استعمال «ما» فى السؤال عن وصف أولى العلم أو غيرهم كثير فى اللغة اه . فى ماذكره الشارح بحث (قوله ولئن كانت لا تكون أوصافا للعصا) أقول : وأنت خبير بأنه لا مانع من التأويل بحيث تكون

لم يحنث) عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده . وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفا ، وكذا شرعا قال عليه الصلاة والسلام « من باع عبدا وله مال فهو للبائع » الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف : فى الوجوه كلها : يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد : يحنث وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك إذ الدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما .

حلف لايركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه ، فلو ركب جمله أو فيله لم يحنث وإن كان اسم الدابة لما يدبّ على الأرض ، لأن العرف خصصه بالمركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الأنواع الثلاثة فيتقيد به ، وإن كان الجمل مما يركب أيضا فى الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالجمل إلا إذا نواه ، وكذا الفيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا . وينبغى إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية لأن ركوبها معتاد لهم ، وكذا إذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل فى يمينه بلا نية . وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة ، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لايصدق ديانة ولا قضاء ، لأن نية الخصوص لاتصح فى غير اللفظ . وسيأتى تمامه فى الفصل الذى بعده . ولو حمل على دابته مكرها لايحنث على وزان ما تقدم فى أول الفصل ؛ ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة

أى يتحرك مشيا على وجه الأرض ، قال الله تعالى - وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها - ويتعلق الركوب بها بعين مايركب منها مرادا كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل فى القياس . واستحسن العلماء فى عقد اليمين على مايركب فى غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لتركبوها - ذكر منة الركوب فى هذه الأنواع الثلاثة : فأما فى الأنعام فقد ذكر منفعة الأكل بقوله تعالى - والأنعام خلقها لكم - الآية ، وبالعرف ، فإنه إذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وإن كان يركب فى بلاد الهند ، إلا إذا نوى جميع ذلك فيكون على مانوى لأنه نوى حقيقة كلامه ، وفيه تشديد عليه . وإذا عرف هذا فمن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبى حنيفة ، وهذا إذا لم ينو . فأما إذا نوى وركب دابة العبد فيحنث ، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وإن نوى لأنه لاملك للمولى فيه عنده : أى فيما ملكه العبد المديون عند أبى حنيفة ، حتى لو أعتق عبد عبده لايعتق وتلمح مما ذكرنا المستثنى منه فى قوله إلا أنه إذا كان عليه دين وهو القدر الذى أظهرناه ، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوها لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان . وشرعا قال صلى الله عليه وسلم « من باع عبدا وله مال فماله لمولاه » فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف : يحنث فى الوجوه كلها ، وهى ما إذا لم يكن عليه دين ، وكان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق إذا نوى . ووجه ذلك أن دين العبد وإن كان لايمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه يضاف إلى العبد فتختل الإضافة إلى المولى فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية . وقال محمد : يحنث فى الوجوه كلها وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد إذ الدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما .

أوصافا لدابة فليتأمل (قوله لاعتبار حقيقة الملك) أقول : وفيه بحث .

(باب اليمين فى الأكل والشرب)

ولو ركبَ دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبى حنيفة إلا أن ينوى دابة عبده فيحنث به ، إلا إذا كان على العبد دين مستغرق فإنه لايحنث حينئذ بركوبها وإن نوى دابة العبد أيضا لأنه لاملك للمولى فيه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وأما أنه لايحنث بركوب دابة العبد وإن لم يكن عليه دين أوكان لكنه غير مستغرق إلا أن ينويه فلأن الملك فيه وإن كان للمولى لكنه عرضت إضافته إلى العبد عرفا وشرعا . قال صلى الله عليه وسلم « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، وإن باع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » أخرجه الستة كلهم عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم ، فاختلت إضافة المال إلى المولى وإن كان ملكا له فقصر الإطلاق عن تناوله إلا بالنية . وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها : وهو ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث إذا نواه ، فتحقق خلافه لأبى حنيفة فيما إذا كان عليه دين مستغرق ونواه فإن عند أبى حنيفة لايحنث لعدم ملك السيد لما فى يده ، وعند أبى يوسف هو مملوك للسيد وإن استغرق فيحنث بنيته . وقال محمد : يحنث فى الوجوه الخمسة ، وهى ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتباره حقيقة الملك فى الدابة المحلوف عليها : أى انعقدت يمينه على كل دابة يملكها الحالف على دابته دوما فى يد المأذون ملك السيد وإن كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها ، وقول محمد هو قول مالك والشافعى وأحمد . والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا ، فإنه يقال هذه دابة عبد فلان ، وتلك دابة سيده فينصرف اليمين إلى مايضيفه العرف إليه لا إلى مايضيفه الملك إليه مع إضافة العرف إياه إلى غيره ، وأقل مايجب إذا صارت هذه الدابة تضاف إلى كل منهما أن لاينعقد عليها إلا بقصدها ، لأنه إن نظر إلى إضافتها إليه انعقدت عليها ، وإن نظر إلى إضافتها إلى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها إلا أن ينويها غير أنه يقول إذا كان دينه مستغرقا انقطعت الإضافة إلى السيد بالكلية لانعدام الملك لأن العرف ماكان يضيفه إلى السيد مع إضافته إلى العبد إلا باعتبار ملكه ، فإذا انتفى انتفى .

(باب اليمين فى الأكل والشرب)

أعقبه الخروج لأن الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب إليه الإشارة بقوله تعالى ـ فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه ـ على مايقال . والأكل إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف

(باب اليمين فى الأكل والشرب)

قد ذكرنا أن أول مايحتاج إليه الإنسان المسكن ثم الأكل والشرب ، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما . واعلم أن مايصل إلى جوف الإنسان لايخلو عن أربعة أوجه : مأكول ، ومشروب ، وممصوص ، وملعوق ؛ فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ ؛ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا . والمشروب مالا يتأتى فيه ذلك ، فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لايحنث ، ولو حلف لايشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث .

(باب اليمين فى الأكل والشرب)

قال (ومن حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه أضاف اليمين إلى مالايؤكل فينصرف إلى مايخرج منه وهو الثمر لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه، لكن الشرط أن لايتغير بصنعه جديدة حتى لايحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ

وإن ابتلعه بلا مضغ . والشرب إيصال مالا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا فى التجريد . وذكر الزندويستى أن الأكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق . والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق . والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه . والمص عبارة عن عمل اللهاة ، فعلى هذا لوكان فى فه شيء فحلف لايأكل فابتلعه ينبغى أن لايحنث . وفى فتاوى أبى الليث ما يدل على أنه يحنث وهو الصواب ، إذ لاشك فى أنه أكل إذا كان مما يمضغ على تفسيره بإيصال مما بحيث يمضغ إلى الجوف ، ولا شك أن قوله عمل الشفاه إنما يراد حركتها فهو فى الكل ، ويلزم أن يحنث ببلع ما كان فى فه لأنه لابد من حركة شفتيه ، وهذا لأنه لايمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها . والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل إلى الجوف أو لا . قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق . ولا يخفى أن الأكل إذا كان إيصالا مما بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبرا فى مفهومه ، وإن كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموما من وجه فيجتمعان فى إيصال ماهشم فإن الهشم عمل الفم : أعنى الحنكين ، وينفرد الذوق فيما لم يوصل والأكل فيما ابتلع بلا مضغ مما بحيث يمضغ ولا يعرف طعمه إلا بالمضغ كقلب اللوز والجوز ، لكن فى المحيط : حلف لايذوق فأكل أو شرب يحنث ، ولو حلف لايأكل أو لايشرب لايحنث بالذوق . وما روى هشام : حلف لايذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لايصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول تعال تغد معى فحلف لايذوق معه طعاما وشرابا ، فهذا على الأكل والشرب يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مفهوم من مفهوم الذوق ، فعلى هذا ينبغى أن لايحنث بالأكل فى الحلف على الذوق ، والذى يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الأكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لايتوقف معرفة طعمه على المضغ . لأنا نقطع بأن ابتلاع قلب لوزة لايقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها ، وإذا حلف لايأكل شيئا مما لايتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ، ولو عنى بالذوق الأكل لم يصدق فى القضاء . ولو حلف لايأكل عنبا أو رمانا فجعل يمتصه ويرمى ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لايحنث ، لأن هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص . ولو حلف لايأكل لبنا فشربه لايحنث . ولو ثرد فيه فأوصله إلى جوفه حنث . ولو حلف لايشرب لبنا فثرد فيه فأكله لايحنث ، ولو شربه حنث . قيل هذا إذا حلف بالعربية ، أما إذا حلف بالفارسية فإنه يحنث مطلقا وهو الصحيح لأن كلا من الأكل والشرب يسمى خوردن ، فإذا قال نمى خورم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى . ولو حلف لايأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لايحنث ، ولو أكله مبلولا حنث . والسويق إذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا ، فإن بله بالماء فأكله حنث (قوله ومن حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة : أى مايخرج منها لأنه أضاف

والمصموص هو مايحصل بعلاج اللهاة ؛ فلو حلف لايأكل عنبا أو رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماء لم يحنث لا فى الأكل ولا فى الشرب . والملعوق هو مايتناول بالجس بالأصبع والشفاه ، فإذا عرف هذا رجعنا إلى مافى الكتاب . فقوله فهو على ثمرها : يعنى إذا كانت لها ثمرة ، وأما إذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لأنه أضاف اليمين إلى ما لايؤكل فينصرف إلى مايخرج منه لأن الحقيقة إذا تعذرت يصار إلى المجاز ، وما يخرج منه صالح لكونه

(وإن حلف لايأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث. وكذا إذا حلف لايأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لم يحنث) لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين، وكذا كونه لبنا فيتقيد به، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى مايتخذ منه، بخلاف ما إذا حلف لايكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهيّ عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع

اليمين إلى مالا يؤكل، ومثله لايحلف على عدم أكله لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها إلى مايخرج منها تجوّزا باسم السبب وهو النخلة فى المسبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد، فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ. واحترز به عن غير المطبوخ وهو مايسيل بنفسه من الرطب وهو الذى يسمى فى عرفنا صقر الرطب فإنه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لأن ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه فى قوله تعالى ـ ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم ـ وقيل لأن مايحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة. ومن لابتداء الغاية، وكل مايخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه. ولا يخفى أن «من» المذكورة فى كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية، نعم من المذكورة فى التأويل: أعنى قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهوغيرمذكوروكأنه اعتبر كالمذكور؛ ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره. وفى بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو مايخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب، ولأنه كان كامنا بين القشر، بخلاف مالو حلف لايأكل من هذا العنب لايحنث بزبيبه وعصيره لأن حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب، ثم انصراف اليمين إلى مايخرج فى الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة، فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به: أى إذا اشترى به مأكولا.

[فرع] حلف لايأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لايحنث، وقال بعضهم: يحنث (قوله وإن حلف لايأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث، وكذا إذا حلف لايأكل من هذا الرطب فصار تمرا أو من هذا اللبن فصارشيرازا) أى رائبا وهو الخاثر إذا استخرج ماءه فأكله (لايحنث) لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به فى المعرف

مجازا، لأنه: أى مالا يؤكل سبب له فينصرف إلى مايخرج منه، وذكر السبب وإرادة المسبب مجاز شائع، ولكن يشترط أن لايتغير بصنعة جديدة لأن مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ، وقيد بالمطبوخ وإن كان الدبس لايكون إلا مطبوخا احترازا عما إذا أطلق اسم الدبس على مايسيل من الرطب كما ذكره فى بعض المواضع من الذخيرة وغيره. وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذا البسر) ظاهر، وكلامه يشير إلى قاعدة هى أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم. ولذلك لايحنث من حلف لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو الذى استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر. فإن قيل:

(قوله لأن مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول: لو صح هذا لزم أن لا يحنث بأكل مايسيل من الرطب لأنه ليس بثمر أيضا.

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث) لأن صفة الصغر فى هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش.

والمنكر، فإذا زالت زال اليمين عنه، وما لا تصلح داعية اعتبر فى المنكر دون المعرف، وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الأمزجة، وكذا صفة اللبنية فإذا زالت زال ماعقد عليه اليمين فأكله أكل مالم تنعقد عليه، ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكول فلا ينعقد إلا على عينه لا على مايصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبى أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهى عنه فلم يعتبر ما يخال داعيا إلى اليمين من جهله وسوء أدبه إذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بأن الداعى قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع. ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لايحكم إلا أنه وجد المسوّغ، وإذا وجد اعتبر الداعى فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر مافيه فى المسئلة التى تليها (قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر فى هذا ليست داعية إلى اليمين) فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه، وإنما قلنا ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه. فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعا عنه كبشا، وفى هذا نظر لأن الحمل ليس محمودا فى الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النجس بين الجيدين بخلافه كبشا فإن لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث. واعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله فى مسئلة لا أكلم هذا الصبى ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد فى العمل والعرف فى القول، وأن المتكلم لو أراد معنى تصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه. فى مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء فى غاية الصلاح وما يدرك نحسه إلا أفراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحا فى الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حالفه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيدا، وكذا الصبى لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم، وفى الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين فى حق العموم فينصرف إلى ذاته، وهذا لا ينفى كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب

فعلى هذا إذا حلف لا يكلم هذا الصبى أو هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ ينبغى أن لا يحنث لأن الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين إلى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث. أجاب بقوله وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبى الخ. ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضى ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، قال صلى الله عليه وسلم «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا» الحديث. والمهجور شرعا كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات وهى موجودة حالة الشيخوخة فيحنث فى يمينه. واعترض على دليل الكتاب بأنا سلمنا أن هجران المسلم حرام، لكن الحرام يقع محلوفا عليه، كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا. وأجيب بأن الكلام فى أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لأمر المسلم على الصلاح، وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه. وقوله (ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) ظاهر.

قال (ومن حلف لايأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) لأنه ليس ببسر (ومن حلف لايأكل رطبا أو بسرا أو حلف لايأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة . وقالا لايحنث فى الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا فى البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا و البسر المذنب يسمى بسرا فصار كما إذا كان اليمين على الشراء . وله أن الرطب المذنب مايكون فى ذنبه قليل بسر . والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود فى الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولوحلف لايشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لايحنث) لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الأكل يحنث) لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما إذا حلف لايشترى شعيرا أو لايأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث فى الأكل دون الشراء لما قلنا .

صبيٌّ علم أنه لايزدعه إلا ترك الكلام معه . أو علم أن الكلام معه يضره فى عرضه أو دينه فعقد يمينه فى الأول على مدة كونه حملا . وفى الثانى على مدة صباه . فإنا نقول : لو أراد خالف تقييده بالحملية . والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها ، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فإنما يسلك به ما عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة (قوله ومن حلف لايأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لايأكل بسرا أو رطبا أوحلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا) بكسر النون : وهو مابدا الإرطاب من ذنبه (حنث عند أبى حنيفة ، وقالا لايحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف . وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافى الحاكم وشرح الطحاوى للإسبيجابى وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن

قال (ومن حلف لايأكل بسرا) هذه المسئلة على أربعة أوجه : إذا حلف لايأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو مابدا الإرطاب من قبل ذنبه وهو ماسفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذى عامته بسر وفيه شىء من الرطب حنث فى يمينه فى قولهم . وكذا إذا حلف لايأكل رطبا مذنبا وهو الذى عامته رطب وفيه شىء من البسر حنث فى قولهم . ولو حلف لايأكل بسرا فأكل رطبا فيه شىء من البسر حنث فى قول أبى حنيفة ، وقالا : لايحنث . ولو حلف لايأكل رطبا فأكل بسرا فيه شىء من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب . وذكر فى الإيضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبى حنيفة فى أنه يحنث فى هاتين الصورتين . وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته : لهما أن الرطب المذنب يسمى رطبا . فإذا حلف لايأكل بسرا وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث ، وكذلك بالعكس وصار كما إذا حلف لايشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا لايحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث فى الصورتين وإن كان أحدهما غالبا والآخر مغلوبا . ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق . فكذا إذا أكله مع غيره . واستشكل بما إذا حلف لايشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث ، وإن شرب المحلوف عليه وزيادة ، وأشار المصنف إلى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود فى الأكل) يعنى بخلاف صورة اللبن ، فإن اللبن لما صبّ فيه الماء شاع وماع فى جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكا ، ولهذا لايرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب . وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر . وقوله : (ولو حلف لايشترى رطبا) ...

(ومن حلف لايأكل لحما فأكل لحم السمك لايحنث) والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحما فى القرآن . وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه فى الماء

خطأ خلافه ذكر فيها قول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله . وصور المسئلة أربع : اتفاقيتان : وهما ما إذا حلف لايأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا ، وما إذا حلف لايأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فإنه يحنث فى هاتين اتفاقا . وخلافيتان : وهما ما إذا حلف لايأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا ، وما إذا حلف لايأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث فى هاتين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف . وجه قول أبى يوسف أن البسر المذنب لايسمى رطبا لأن الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذى فيه شىء من البسرية لايسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث ، وكذا لايحنث فى شرائهما بحلفه لايشترى بسرا أو رطبا . ووجه قولهما أن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير ، بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشترى منهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير ، وكذا لو حلف أن لايشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لايحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا ، وكذا لو حلف لايأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث ، وإن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد فى كافيه . وقد يقال أولا التعليل المذكور يقتصر على مافصله فأكله وحده . أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية فى الأكل ، وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لايقال لآكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف أقعد بالمبنى ، والله أعلم (قوله ومن حلف لايأكل لحما الخ) تنعقد هذه اليمين على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا ، وفى حنثه بالنىء خلاف الأظهر لايحنث ، وعند الفقيه أبى الليث يحنث ، فلو أكل لحم السمك لايحنث ، والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبى يوسف لأنه سمى لحما فى القرآن ، قال تعالى - لتأكلوا منه لحما طريا - أى من البحر وهو السمك ، وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لايأكل لحما فأكل سمكا فرجع إلى أبى حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لايجلس على بساط فجلس على الأرض ، فسأله فقال لايحنث ، فقال أليس أنه قال تعالى - والله جعل لكم الأرض بساطا - فقال له سفيان : كأنك السائل الذى سألتنى أمس ؟ فقال نعم ، فقال سفيان : لا يحنث فى هذا ولا فى الأول ، فرجع عن ذلك القول . وظهر أن تمسك أبى حنيفة إنما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف فى وجه الاستحسان أن التسمية التى وقعت فى القرآن مجازية لاحقيقية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فى السمك لسكونه الماء ، ولذا حل بلا ذكاة . فإنه ينقض بالألية فإنها تنعقد من الدم ، ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لايسمى لحما ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم ، ولذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عدّ مخالفا ،

كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر . (ومن حلف لايأكل لحما فأكل لحم السمك لايحنث) والأصل فيه أن اللفظ إذا تناول أفرادا وفى بعضها نوع قصور لايدخل القاصر تحته ، ولحم السمك فيه قصور لأن اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم فى السمك ضعيف . وقال المصنف : لا دم فيه ، جعله بمنزلة المعدوم

(قال المصنف : وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه فى الماء) أقول : فيكون قاصرا فى التسمية

(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام . واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

وأيضا يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والأيمان لاتبنى على الاستعمال القرآنى ؛ ألا ترى أنه لوحلف لايركب دابة فركب كافرا أو لايجلس على وتد فجلس على جبل لايحنث مع تسميتهما فى القرآن دابة وأوتادا ، وهذا كله إذا لم ينو ، أما إذا نواه فأكل سمكا طريا أو مالحا حنث .

[فرع] لو حلفت لايأكل لحما فأكل من مرقه لايحنث إلا إذا كان نواه (قوله وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعا وحملا وإن وجب فى الحمل أن يحنث ، بخلاف النذر للنص ولانذر فى معصية الله تعالى ، ولما كان يرد عليه أن الأيمان تبنى على العرف ولا تذهب الأوهام فى أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمى والخنزير وإن سمى فى العرف لحم الآدمى لحما وكذا لحم الخنزير ، لأن الواجب العرف فى قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا فى لايركب دابة فلان إعتبر العرف فى ركب فإن المتبادر منه ركوب هذه الأنواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به . ثم نقل العتابى خلافه فقال : قيل الحالف إذاكان مسلما ينبغى أن لايحنث لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على العرف قال وهو الصحيح . وفى الكافى عليه الفتوى . وما قيل العرف العملى لايقيد اللفظ غير صحيح ، وقد قدمناه فى نكاح الفضولى ردا على المصنف هناك . وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض ؟ وأجيب بأن الحل والحرمة إنما يراعيان فى السبب والسبب فى وجوب الكفارة اليمين وإن كان متعلقا باليمين والحنث ، وإنما علق بهما حتى لايجوز تقديم الكفارة على الحنث وإن كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالإباحة والحرمة الإباحة لليمين والحظر للحنث ، وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعى وإلقاء الشراشر عليه ، وكان يغنى عن التهالك فى إثباته فيما تقدم تسليما أن اليمين سبب ، ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر ، وحينئذ لاخلاف بيننا وبينهم ، ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه فى الجواب من أن الإضافة فى كفارة اليمين إلى الشرط لا إلى السبب ، وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة فى اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ، ونحن جعلناها جبرا لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة ، وهذا لأن الحنث إذا كان واجبا استحال أن يكون حراما ، وما يظن من أنه يصح واجبا حراما من وجهين توهم ، وإلا فمعنى الواجب

لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه (وإن أكل لحم خنزير أو إنسان حنث لأنه لحم حقيقى إلا أنه حرام ، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض ، وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به ؟ وأجيب بأن هذه مغالطة لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمر مباح

والقاصر يعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازا (قال المصنف : وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) أقول : قال صاحب الكافى : وذكر الزاهدى العتابى لايحنث ، وعليه الفتوى اه . قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافى فافهم . قال الزيلعى : فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا ، بخلاف العرف اللفظى ؛ ألا يرى أنه لو حلف لايركب دابة لايحنث بالركوب على إنسان للعرف اللفظى فإن العرف لفظا لايتناول إلا الكراع وإن كان فى اللغة يتناوله ، ولو حلف لايركب حيوانا حنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لايصلح مقيدا اه . العرف العملى يصلح مقيدا عند مشايخ بلخ كما ذكر فى كتب الأصول فى مسئلة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا .

(وكذا إذا أكل كبدا أوكرشا) لأنه لحم حقيقة فإن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم. وقيل فى عرفنا لايحنث لأنه لايعد لحما (ولوحلف لايأكل أو لايشترى شحما لم يحنث إلا فى شحم البطن عند أبى حنيفة ، وقالا : يحنث فى شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار . وله أنه لحم حقيقة ؛ ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله فى اليمين على أكل اللحم ، ولا يحنث ببيعه فى اليمين على بيع الشحم ، وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم بيه بالفارسية لايقع على شحم الظهر بحال .

الحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له ، فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الإيجاد فى وقت واحد فليس ذلك إلا وهما من الأوهام ، ومثله فى كفارة الإحرام تثبت ، ولا جناية إذا كان مريضا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا إذا أكل كبدا أوكرشا) أو رئة أو قلبا أوطحالا : يعنى يحنث لأن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم . وقيل فى عرفنا لايحنث لأنه لايعد لحما . قال فى الخلاصة : هذا فى عرف أهل الكوفة ، وفى عرفنا لايحنث ، وذكره فى المحيط أيضا . ولو أكل الرأس والأكارع يحنث ، وبه قال الشافعى فى الأصح . ولايحنث بأكل الشحم والألية إلا إذا نواه فى اللحم ، بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لأنه تابع للحم فى الوجود ، ويقال فى العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لايأكل أولا يشترى شحما لم يحنث إلا فى شحم البطن عند أبى حنيفة . وقالا : يحنث فى شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار) فلزم كونه من نفس مسماه ، ولذا استثنى فى قوله تعالى - حرّمنا عليهم شحومهما إلا ماحملت ظهورهما - فيحنث به (وله أنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) فى اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليؤكل أكل اللحم ولايفعل ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ، ولهذا يحنث بأكله فى اليمين على أن لايأكل اللحم ، ولا يحنث ببيعه فى اليمين على أن لايبيع شحما) والقاطع بنفى قولهما إن العرف لايفهم من اسم الشحم إلامافى البطن وهو الذى يسمى بائعه شحاما فى العرف ، وبائع ذلك يسمى لحاما ، والأيمان لاتبنى على الأسماء الشرعية فلا يضرّ تسميتها شحما فى آية الاستثناء . وقول بعض الشارحين شحم الظهر إما ألية أو لحم أو شحم لا قائل إنه ألية وليس بلحم لأنه يذوب دون اللحم ، وأيضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ماذكرنا لايفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم ، والاستدلال عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا ، وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا ، واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها أعم منه فتشترك الأنواع المتباينة فى لازم واحد فكان كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفى بعض ما هو لحم ولا ضرر فى ذلك وكذا نمنع أنه لايقال له لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له لحم سمين ، ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئا ، ولذا صحح غير واحد قول أبى حنيفة ، وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وهو قول مالك والشافعى فى الأصح ، وما فى الكافى من قوله فصارت الشحوم أربعة : شحم الظهر ، وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظاهر الأمعاء ، وشحم البطن ، ففى شحم البطن يحنث بالاتفاق ، والثلاثة على الاختلاف لايخلو من نظر ، بل لاينبغى خلاف فى عدم الحنث بما فى العظم . قال الإمام السرخسى : إن أحدا لم يقل بأن مخ العظم شحم اهـ . وكذا لاينبغى خلاف فى الحنث بما على الأمعاء لأنه لايختلف فى تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أى الخلاف فيما

أوحرام لامدخل له فى ذلك أشار إلى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام . قوله (وكذا إذا أكل كبدا) ظاهر .

(ولو حلف لايشترى أو لا يأكل لحما أو شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث) لأنه نوع ثالث حتى لايستعمل استعمال اللحوم والشحوم

إذا قال بالعربية ، فأما اسم بيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث إذا عقد بالفارسية بأن قال : نمى خرم بيه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لايأكل أو لايشترى لحما أو قال شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث لايستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق أنه لايحنث به فى حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ، ولا فى يمين الشحم خلافا لأحمد للعرف والعادة ، وأما أنه لايستعمل استعمال الشحم ففيه نظر إلا أن يراد جميع استعمالاته .

[فروع] حلف لايأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث. وقال أبو الليث : لايحنث مصرياكان الحالف أو قرويا ، وعليه الفتوى لتغير العرف فيه . ولو حلف لايأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا فى عكسه لأنه نوع لايتناول الأعم . وفى فتاوى قاضيخان : ينبغى أن لايحنث فى الفصلين لأن الناس يفرقون بينهما . ولو حلف لايأكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه شىء من مائه ثم ألقاه لايحنث ، ولو فعل هذا فى العنب فازدرد ، فإن رمى القشر والحب وابتلع الماء لايحنث ، وإن رمى قشره فقط وابتلع الماء والحبّ حنث لأنه أكل الأكثر . ولو حلف لا يأكل شيئا من الحلوى فأى شىء أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث ، ذكره فى الأصل. قال الإمام النسفى فى شرح الشافى : هذا فى عرفهم ، أما فى عرفنا لايحنث بالعسل والسكر والخبيص . ولو حلف لايأكل ملحا فأكل طعاما مالحا يحنث ، كما لو حلف لايأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ، إن وجد طعم الفلفل يحنث . والفقيه يفرق بين الملح والفلفل ، فى الفلفل يحنث لأن عينه غير مأكول فينصرف اليمين إلى مايتخذ فيه ، بخلاف الملح فلا يحنث مالم يأكل عينه مفردا أو مع غيره ، إلا إذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه إلى الطعام المالح ، وبقول الفقيه يفتى . وفى الخلاصة فيمن حلف لايأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحا وجعلهما فى العجين لايحنث لأنه تلاشى . ولو حلف لايأكل لبنا فطبخ بأرز فأكله ذكر النسفى لا يحنث وإن رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء . وفى مجموع النوازل : إذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث . ولو حلف لايأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث . ولو حلف لايأكل هذا السمن فجعله خبيصا فأكله يحنث ، إلا إذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث . وكذا على هذا التمر إذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لايحنث ، وفى أكل هذا السكر لايحنث بمص مائه . ولا يأكل لحما يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لايحنث ، وعلى أن ليس فى بيته مرقة وهى فى بيته قليلة لايعدها إذا علم بها أو كثيرة فاسدة لايحنث ، ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شىء قبل اليمين لايحنث بأكله ، كما لو يحنث المحلوف على طعامها ماطبخه غيرها . وفى التجريد : قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار ، وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هى القدر لايحنث . اهـ . وفى عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الإيقاد كذلك ، ومثله يسمى صبى الطباخ : يعنى معينه ، والطباخ هو المركب بوضع التوابل وإن لم يوقد . وفى المنتقى عن محمد : حلف على مالايؤكل أن لايأكله فاشترى به مايؤكل فأكله حنث ، ولو حلف على مايؤكل فاشترى به مايؤكل فأكله لايحنث ، فعقد اليمين فى الأول على بدله . حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لايحنث ، وكذا مما اشتراه إذا باعه فأكله ، وكذا من ميراثه إذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله ، بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند

. . . .

(ومن حلف لايأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبى حنيفة . وقالا : إن أكل من خبزها حنث أيضا) لأنه مفهوم منه عرفا . ولأبى حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهى قاضية على المجاز المتعارف على ماهو الأصل عنده ، ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز ، كما إذا حلف لايضع قدمه فى دار فلان ، وإليه الإشارة بقوله فى الخبز حنث أيضا

الزارع ، ومن اشترى منه لأن الزرع لاينسخه الشراء ، أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لايحنث ، ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث ، وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث ، ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث ، ولا يشترى ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث . حلف لايأكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فأكله لايحنث لما عرف أن الثمن إنما يثبت فى الذمة فيصير عليه إثم الدرهم ، أما لو أكل خبزا غصبه حنث ، ولو اشترى بذلك الخبز لحما لايحنث : يعنى إذا أكل اللحم . ولو أكل لحم كلب أو قرد لايحنث عند أسد بن عمرو ، وقال نصر : به نأخذ ، وقال الحسن : كله حرام. قال الفقيه أبو الليث : ماكان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ، ولو اضطر لأكل الحرام أو الميتة اختلفوا ، والمختار يحنث ، وعن محمد روايتان . ولو كان المغصوب برّا فطحنه إن أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث ، وإن أكله قبل ذلك حنث لأن الحرمة ثابتة مالم يؤد الضمان . وفى الأجناس المعتوه والمكره إذا فعلا شيئا حراما فهو ليس بحلال لهما . ولو أكل من الكرم الذى دفعه معاملة لايحنث ، أما عندهما فلا يشكل ، وعنده كذلك لأنه عقد فاسد ، فإنما أكل ملك نفسه (قوله ومن حلف لايأكل من هذه الحنطة يعنى ولا نية له) لم يحنث حتى يقضمها غير نيئة ، ولو قضمها نيئة لم يحنث ، وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها ، وهو قول الشافعى ، وقالا : إن أكل من خبزها أيضا حنث لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفا ، ولأبى حنيفة أن له حقيقة مستعملة : يعنى يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة : أى فى معناه الحقيقى وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت ، فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة ، وتقلى : أى توضع جافة فى القدر ثم تؤكل قضما ، وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها ، فإذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهى أولى عند أبى حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لايأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لايحنث لانعقاد اليمين على عينها إذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى ، ورجح قولهما بأن المتكلم إنما يريد العرف ، فإذا لم يكن له نية انصرف إليه ، بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فإنه ليس للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة . والذى يغلب أن التعارف والأكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أولا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت

وقوله (ومن حلف لايأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) والقضم : الأكل بأطراف الأسنان من باب لبس ، وإنما وضع المسئلة فى الحنطة المعينة لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لابعينها ينبغى أن يكون الجواب على قول أبى حنيفة كالجواب عندهما . قال فى النهاية : هكذا ذكر شيخ الإسلام فى أيمان الأصل وهذه المسئلة على أوجه : أحدها أن لايأكل حبا كما هى فأكل من خبزها أو سويقها لايحنث بالاتفاق لأنه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها ، والثانى أن ينوى أن لايأكل ما يتخذ منها لايحنث بأكل عينها كذلك . والثالث أن لايكون له نية فأكل

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه (ولو استفه كما هو لايحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لايأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد فى غالب البلدان (ولو أكل من خبز القطائف لايحنث) لأنه لايسمى خبزا مطلقا إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث)

حنطة يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد مايخبز من دقيقها فيترجح قول أبى حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز ، لايقال : أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذى يدل به عليه . لأنا نقول : لايلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به ، وليس هنا كذلك لأنه يقال أكلت خبز الحنطة ، ويقال أكلت الحنطة ، بل الآن لايتعارف فى أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز ، اللهم إلا أن ينوى أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقا ، وقضم يقضم بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المستقبل . وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الأصل أنه لايحنث عندهما إذا قضمها ، وصححها فى الذخيرة ، ورجح شمس الأئمة وقاضيخان رواية الجامع أنه يحنث . قال المصنف : وإليه الإشارة بقوله حنث فى الخبز أيضا فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم ، ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة و مجازا بل يكون من عموم المجاز ، كمن حلف لايضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا فى الدخول . ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لأبى يوسف فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق . والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق ، ومحمد اعتبر عموم المجاز ، وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة ، أما لو حلف لايأكل حنطة ينبغى أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام . ولا يخفى أنه تحكم . والدليل المذكور المتفق على إيراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول (قوله ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى مايتخذ منه) فيحنث بعصيدته . وفى النوازل لواتخذ منه خبيصا أخاف أن يحنث ، فلو استف عينه لايحنث لتعين المجاز وهو مايتخذ منه مرادا فى العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لايحنث بأكل الخبز ، وقوله هو الصحيح احترازعن قول من قال يحنث لأنه حقيقة كلامه . قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدى حر فزنى بها لايحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه (قوله ولو حلف لايأكل خبزا فيمينه على مايعتاده أهل مصره خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه المعتاد فى غالب البلدان) ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لايحنث به . ولواعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف ، وينبغى أن يحنث بأكل الكماج لأنه

من خبزها لم يحنث عند أبى حنيفة خلافا لهما . والوجه من الجانبين ماذكره فى الكتاب ، ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه (ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) بالاتفاق (لأن عينه غير مأكول) فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز وهو مايتخذ منه (ولو استفه) أى أكله من غير مضغ (لايحنث هو الصحيح) وإنما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا إنه يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة ، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لاتسقط به ، وهذا لأن عين الدقيق مأكول ، والأصح أنه لايحنث لأن هذه الحقيقة مهجورة ، ولما انصرفت اليمين إلى مايتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة ، كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدى حر فزنى بها لم يحنث لأن يمينه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء . وقوله (ولو حلف لا يأكل خبزا) على ماذكره ظاهر . وطبرستان هى آمل وولايتها ، وقيل أصلها

لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أوفى بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولوحلف لايأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لأنه يراد به اللحم المشوى عند الإطلاق إلا أن ينوى مايشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة (وإن حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف ، وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا ، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا (ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه على مايكبس فى التنانير ويباع فى المصر) ويقال يكنس (وفى الجامع الصغير : لو حلف لايأكل رأسا فهو على

خبز وزيادة ، فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ، ولا يحنث بالثريد لأنه لايسمى خبزا مطلقا . وفى الخلاصة : حلف لايأكل من هذا الخبز فأكله بعد ماتفتت لايحنث لأنه لايسمى خبزا ، ولا يحنث بالعصيد والططماج ، ولا يحنث لو دقه فشربه . وعن أبى حنيفة فى حيلة أكله أن يدقه فيلقيه فى عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ، ولا يحنث فى خبز الأرز إلا أن يكون هذا الحالف فى بلدة يعتادونه كما فى طبرستان والنسبة إليها طبرى وهو أمم آمل وأعمالها . قال السمعانى : سمعت القاضى أبا بكر الأنصارى ببغداد يقول إنما هى تبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان . وقال القتبى : طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى ، والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر ، وهذا لاينافى ما قال السمعانى بقليل تأمل .

قال العبد الضعيف غفر الله تعالى له : وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لايأكل إلا الشعير فحلف لايأكل خبزا ، فقلت : ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه إليه لذلك ، وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم (قوله ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر) المشويين لأنه يراد به فى العرف ذلك عند الإطلاق إلا أن ينوى غير ذلك مما يشوى من بيض أو غير ذلك كالفول الأخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب وقولنا فى ذلك قول أحمد (قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على مايطبخ من اللحم) يعنى بالماء حتى أن مايتخذ قلية من اللحم لايسمى طبيخا فلا يحنث به ، وهذا استحسان بالعرف لأن التعميم متعذر لأن الدواء مما يطبخ ، وكذا الفول الذى يسمى فى عرفنا الفول الحار ، ولا يقال لآكله آكل طبيخا فينصرف إلى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف ، إلا أن ينوى غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحنث به ، وهذا يقتضى أن لايحنث بالأرز المطبوخ بلا لحم . وفى الخلاصة : يحنث بالأرز إذا طبخ بودك فإنه يسمى طبيخا ، بخلاف مالو طبخ بزيت أو سمن . قال ابن سماعة : الطبيخ يقع على الشحم أيضا ، ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ ، وإنما الكلام فى أنه هو المتعارف الظاهر أنه لايختص به ، ولو أكل من مرق اللحم حنث . قال المصنف : لما فيه من أجزاء اللحم ، وهذا يقتضى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذى طبخ فيه اللحم حنث ، وقدمنا من المنقول خلافه . والوجه ماذكره ثانيا من قوله ولأنه يسمى طبيخا : يعنى فى العرف ، بخلاف مرق اللحم فإنه لايسمى لحما فى العرف (قوله ومن حلف لايأكل الرءوس فيمينه على ما يكبس فى التنانير) فى تلك البلدة ويباع فيها من رءوس الإبل والبقر والغنم .

تبرستان لأن أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه إلى طبرستان . وقوله (ولوحلف لايأكل الشواء) ظاهر . وقوله (وهذا لأن التعميم متعذر) لأن الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك (فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء) قالوا قيد بقوله بالماء لأن القلية اليابسة لاتسمى مطبوخا فلا يحنث بأكلها (ومن حلف لايأكل الرءوس فيمينه على مايكبس فى التنانير) أى يطم به التنور : يعنى يدخل فيه من كبس الرجل رأسه فى جيب قميصه إذا أدخله فيه (ويباع فى المصر) لأن رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فيصرف

رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه فيهما وفى زمنهما فى الغنم خاصة وفى زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر (ومن حلف لايأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث ، وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث ،

وفى الجامع الصغير : لوحلف لا يأكل رأسا فهوعلى رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله : على الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر ، فكان العرف فى زمنه فيها ثم صار فى البقر والغنم ، فرجع أبو حنيفة عن انعقاده فى حق رءوس الإبل وفى زمانهما فى الغنم خاصة فوجب على المفتى أن يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو فى مختصر القدورى رحمه الله . وأورد أن العادة كما هى فى الرءوس مقتصرة على رءوس الغنم أو البقر معها كذلك فى اللحم مقتصرة على لحم مايحل ، إذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمى والخنزير وأكله ، مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما إذا حلف لايأكل لحما . أجيب بأن الأصل فى جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة : يعنى اللغوية ، فإن لم يكن وجب اعتبار التعارف حينئذ ، واللحم يمكن فيه أكل كل مايسمى لحما فانعقد باعتباره . بخلاف الرءوس لايمكن أكل حقيقتها إذ هى مجموع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف ونقض بالشراء فإنه يمكن فى الرءوس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها . أجيب بالمنع بل من الرءوس مالا يمكن بيعه كرأس الآدمى ، وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لايركب دابة أنه لايحنث إذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه ، فإن إمكان العمل بحقيقة عمومه منتف إذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف ، وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذى به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ماعليه العرف ، وتقدم تصحيح العتابى وغيره فى لحم الخنزير والآدمى عدم الحنث وليس إلا بناء على هذا الأصل، ولوكان هذا الأصل المذكور منظورإليه لما تجاسر أحد على خلافه فى الفروع (قوله ومن حلف لايأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أوخيارا لم يحنث، وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث)

إلى المجاز المتعارف، وفسره فى الجامع الصغير على ماذكر فى الكتاب . واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والإنسان لايباع فى الأسواق ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحما . وأجيب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لأن منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز المتعارف وهو مايكبس فى التنانير ويباع فى الأسواق ، وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الإنسان والخنزير . فإن قلت : الحقيقة إن لم تكن متعذرة فهى مهجورة شرعا ، والمهجور شرعا كالمهجور عادة ، وفى المهجور شرعا يصار إلى المجاز كما فى المهجور عادة . قلت : المهجور شرعا هو الذى لايكون شىء من أفراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبى وهنا ليس كذلك . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن لايطرد فى الشراء فإن الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة . وأجيب بأن من الرءوس مالا يجوز إضافة الشراء إليه كرأس النمل والذباب والآدمى فكانت متعذرة . وقوله (ومن حلف لايأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث ، وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث ،

(قوله قلت المهجور شرعا الخ) أقول : ويمكن أن يجاب بوجه آخر

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقال أبو يوسف ومحمد : حنث فى العنب والرطب والرمان أيضا) والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده : أى يتنعم به زيادة على المعتاد ، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لايحنث بيابس البطيخ ، وهذا المعنى موجود فى التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا وأكلا فلايحنث بهما. وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعزّ الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات

وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى ، وهذا التفصيل عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث فى العنب والرطب والرمان أيضا ، والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده : أى يتنعم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلى ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه : أى فى معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا فى الحالين ، فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خصت التفكه به فى حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا ، وهذا المعنى : أى معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود فى التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود فى القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا وأكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا ، وأما العنب والرطب والرمان وهى محل الخلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هى أعزّ الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها ، وأبوحنيفة يقول : هى مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها فى الجملة فى قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان فى بعض عوارض البدن ، ولا ينكر أنها يتفكه بها ، ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ، ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحبّ الرمان ومن الأقوات وهو التمر والزبيب . والمشايخ قالوا : هذا اختلاف زمان ، فى زمانه لايعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك

وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : يحنث فى العنب والرطب والرمان أيضا) يعنى لا فى القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه : فى وجه يحنث بالاتفاق ، وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ، ويستوى فى ذلك الرطب واليابس . وفى وجه لايحنث بالاتفاق ، وهو أن يأكل الخيار والقثاء لأنه يؤكل مع البقول . وفى وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان إذا لم تكن له نية ، وكلامه ظاهر إلا ما نذكره ، فقوله زيادة على المعتاد : أى على الغذاء الأصلى حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها ، وقوله (والرطب واليابس فيه سواء) يعنى أن ماكان فاكهة لافرق فيه بين رطبه ويابسه ، ويابس هذه الأشياء لايعدّ فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك . وقوله (لأنهما من البقول بيعا) فإن بائع البقول هو الذى يبيعها لاغير ، وأما أكلا فإنهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل . وقوله (إن هذه الأشياء مما يتغذى بها) يعنى العنب والرطب (ويتداوى بها) يعنى الرمان (ولهذا كان اليابس منها من التوابل) كيابس الرمان (أو من الأقوات) كيابس العنب ، فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها ، والأصل فى هذا أن اللفظ إذا أطلق على أفراد فى بعضها دلالة على زيادة معنى ليس فى مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم فى صورة النقصان فى اللحم .

(ولو حلف لايأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام والشواء ليس بإدام والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو إدام) وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل مايؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام مايؤكل تبعا، والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به، وفي أن لايؤكل على الانفراد حكما، وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا، والخل وغيره من المائعات لايؤكل وحده بل يشرب، والملح لايؤكل بانفراده عادة ولأنه يذوب فيكون تبعا، بخلاف اللحم وما يضاهيه لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح.

وفي زمانهما عدّت منها فأفتيا به. فإن قيل: الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع، فإن مبنى هذا العرف، والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة مايتفكه به، ولا شك أن ذلك لغة، والتفكه بالشيء مايتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة، وهذا معنى اللغة، واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما. فإن قيل: وفيه دليل على عدم ماذكر آنفا من أن المعتبر اللغة إلا أن لايمكن فيعتبر العرف، فإن هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك، فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحيانا بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به (قوله ومن حلف لايأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام) كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يئول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز، واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ، ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا إلى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لأنه لايصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بنى الفعل له فإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه، فلذا يقال

قال (ولو حلف لايأتدم فكل شيء اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ، ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل (ولو حلف لايأتدم) أي لايأكل إداما (فكل شيء اصطبغ به فهو إدام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد إدام، والشواء ليس بإدام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الأصل (وقال محمد: مايؤكل مع الخبز غالبا فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه: مايصطبغ به فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بإدام بالاتفاق. وفي البيض واللحم والجبن اختلاف، جعلها محمد إداما خلافا لهما: لمحمد أن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام مايؤكل تبعا في العرف والعادة. والتبعية على نوعين: حقيقية وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به، وحكمية وهي أن لاتؤكل على الانفراد، واللحم لايختلط فلايكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلايكون تبعا حكما فلايكون إداما. وقوله (وتمام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة: يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضا ولم توجد في هذه الأشياء إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، بخلاف الخل وغيره من المائعات فإنها لاتؤكل وحدها بل تشرب والملح لايؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان إداما (والعنب والبطيخ ليسا بإدام) يعني بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي. وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف.

اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز ، وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بإدام كاللحم والبيض والتمر والزبيب ، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : مايؤكل مع الخبز غالبا فهو إدام ، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله . والحاصل أن مايصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالإجماع ، وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداما بالإجماع : أي بالاتفاق على ما هو الصحيح فى البطيخ والعنب كما ذكره المصنف ، خلافا لما قيل إنهما على الخلاف، وممن صحح الاتفاق شمس الأئمة . وفى المحيط قال محمد : التمر والجوز ليسا بإدام ، وكذا العنب والبطيخ والبقل، وكذا سائر الفواكه، ولو كان فى بلد يؤكلان تبعاً للخبز يكون إداما، أما البقول فليست بإدام بالاتفاق لأن آكلها لايسمى مؤتدما إلا ماقد يقال فى أهل الحجاز بالنسبة إلى أكلهم الكراث ، وعند الشافعى البقول والبصل وسائر الثمار إدام . وفى التمر عنده وجهان : فى وجه إدام لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه » رواه أبوداود . وفى وجه آخر : ليس إداما لأنه فاكهة كالزبيب.واختلفوا فى الجبن والبيض واللحم ، فجعلها محمد إداما لأنها لاتؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له ، والمؤادمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة : « لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أى يوفق ، فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له إدام والجبن وأخواه كذلك، ويؤيده ماروى عنه صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام فى الدنيا والآخرة اللحم » رواه ابن ماجه . ويقال إن ملك الروم كتب إلى معاوية أن ابعث إلىّ بشرّ إدام على يد شرّ رجل ، فبعث إليه جبنا على يد رجل يسكن فى بيت أصهاره وهو من أهل اللسان ، وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث . ولهما أن الإدام مايؤكل تبعا ، فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس إداما وهذا لأنه من المؤادمة وهى الموافقة وذلك بأن يصير مع الخبز كشىء واحد وهى بأن يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه إذ حقيقة القيام غير مرادة لأن الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر ، والأجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بإدام . ويرد عليه أنه إن اعتبر فى مسمى الإدام بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا ، سلمناه ولا يستلزم نفى ماذكر لأنه كذلك ، وإن اعتبر فيه كونه لايؤكل إلا تبعا منعناه . نعم مالا يؤكل إلا تبعا موافقا أكمل فى مسمى الإدام ؛ لكن الإدام لايخص اسمه الأكمل منه . واستدل لأبى حنيفة وأبى يوسف أيضا بأنه يرفع إلى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية ، بخلاف المصطبغ به . وأجيب عن الحديث بأن كونه سيد الإدام لايستلزم كونه إداما ، إذ قد يقال فى الخليفة سيد العجم وليس هو منهم . وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهى بعيدة منها إذ يبعد من إمام عالم أن يتكلف إرسال شخص إلى بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر . والسكنى فى بيت الصهر قط لايوجب أن يكون الساكن شرّ رجل ، فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ، ودفع الاستدلال لهما بأن المعتبر التبعية فى الأكل ، والأكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ . ويدفع بأن كون التبعية فى الفم بعد رفع كل على حدته تحكم إذ هما فيه إذا جسمان متكافئان لايكون أحدهما تبعا للآخر ، بخلاف ما رفع صبغا للخبز فإن المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ . وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر إلى الآخر فى رفعه .

(وإذا حلف لايتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل) لأن مابعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتى العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على مايقرب منه .

قال التمرتاشى : وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لايأكل إلا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد (قوله وإذا حلف لايتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء) بفتح العين والمد (من صلاة الظهر إلى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لايعترض به ، فإن الغداء والعشاء اسم لما يؤكل فى الوقتين لا للأكل فيهما . فالوجه أن يقال فالتغدى الأكل من طلوع الفجر ، والتعشى الأكل من الظهر الخ ، لأن مابعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين [١] ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتى العشاء فى الحديث ، إذ فى الصحيحين من رواية أبى هريرة « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتى العشاء » وفسرت بأنها الظهر فى بعض الروايات ، هذا وتفسير التغدى بالأكل من الفجر إلى آخره مذكور فى التجريد . وفى الخلاصة ووقت التغدى من طلوع الشمس إلى الزوال ، ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثى الليل . ويوافقه ماعن محمد فيمن حلف لايكلمه إلى السحر قال : إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث . وقال الإسبيجابى فى شرح الطحاوى : وقت الغداء من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، ووقت العشاء من بعد الزوال إلى أن يمضى أكثر الليل ، ووقت السحور من مضى أكثر الليل إلى طلوع الفجر ، ثم قال : هذا فى عرفهم ، وأما فى عرفنا : وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى . فعرفهم كان موافقا للغة لأن الغدوة اسم لأول النهار ، وما قبل الزوال أوله فالأكل فيه تغدّ ، وقد أطلق على السحور غداء فى قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض ابن سارية « هلم إلى الغداء المبارك » وليس إلا مجازا لقربه من الغداة ، وكذا السحور لما كان لايؤكل فى السحر والسحر من الثلث الأخير سمى مايؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الأخير سحورا بفتح السين والأكل فيه تسحرا ، والتضحى الأكل فى وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ، ووقت الضحى من حين تحل الصلاة إلى أن تزول ، وأصل هذه فى مسائل القضاء . قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة : فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول ، وإن قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع إلى أن تبيض لأن صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ، والنهى يمتد إلى أن تبيض . والمساء مساءان أحدهما ما بعد الزوال ، والآخر بعد غروب الشمس ، فأيهما نوى صحت نيته ، وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لايفعل كذا حتى يمسى ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لأنه لايمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل

وقوله (وإذا حلف لايتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر) قال فى النهاية : هذا توسع فى العبارة ، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف ، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل . وقوله (ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتى العشاء فى الحديث) ذكر فى الإيضاح فى باب الحلف على الغداء فقال فإنه ورد فى الحديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتى العشاء ركعتين » يريد به الراوى الظهر أو العصر.

---

(١) (قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين) قال فى النهر : وكأنه تحريف ، والصواب « عشيا » بفتح العين مع ياء بعد الشين اه . كذا بهامش لنسخة الشيخ البحراوى . قال مصححه الفقير محمد البلبيسى : هو تحريف يقينا ، فصوابه « العشى » فيه وفيما بعده ، وفى حديث الصحيحين « إحدى صلاتى العشى » لا العشاء كما ظهر بالمراجعة ، فليحذر ما وقع فى نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادى .

ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة فى حقهم . ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع (ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حرّ ، وقال عنيت شيئا دون شىء لم يدين فى القضاء وغيره) لأن النية إنما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه (وإن قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة) لأنه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء .

على المساء الثانى وهو مابعد الغروب ، وذكر الولوالجى : والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار ، والتصبيح مابين طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحوة : يعنى الكبرى لأنه من الإصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة . ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة) وكذا السحور ، فلو أكل لقمة أولقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لايحنث بحلفه ماتغديت ولا تعشيت ولا تسحرت . ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال فى رواية الترمذى : « تعشوا ولو بكف من حشف فإن ترك العشاء مهرمة » ومعلوم أن كفا من حشف لايبلغ فى العادة نصف الشبع . وأجيب بأن العرف الطارئ يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ماتغديت اليوم أوما تعشيت البارحة وإن كان أكل لقمة أولقمتين وكذا يعتبر فى الغداء وأخويه فى حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم . فلو كان عادتهم أكل الخبز فى الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف إليه حتى أن الحضرى إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث ، والبدوى يحنث لأنه غداء أهل البادية ، ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغدى به حتى شبع لم يحنث أيضا (قوله ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حرّ وقال نويت شيئا دون شىء) من

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد فى حقهم) يعنى إن كانت خبزا فخبز ، وإن كانت لحما فلحم ، حتى أن الحضرى إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث ، والبدوى بخلافه ، لأنه غداء فى البادية . وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبى يوسف وهو صحيح لأن من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ماتغديت وما تعشيت (ومن قال إن أكلت أو شربت أو لبست فعبدى حرّ وقال عنيت شيئا دون شىء لم يصدق قضاء) ولا ديانة (لأن النية إنما تصح فى الملفوظ) لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ (والثوب ومايضاهيه غير ملفوظ) فلا تصح نيته . فإن قيل : هب أنه غير ملفوظ تنصيصا أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ ؟ أجاب بقوله (والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه) فإن قيل : المقتضى أمر شرعى وافتقار الأكل إلى الطعام ليس كذلك لأنه يعرفه من لم يعرف الشرع . قلنا : يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذى لايدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به ، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعيا أو عقليا . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قال إن خرجت فعبدى حرّ ونوى السفر فإنه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين ما إذا حلف لايساكن فلانا ونوى به أن لايساكنه فى بيت واحد فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظا ، حتى لو سكن معه فى الدار لايحنث . أجيب بأن الأولى ممنوعة منعها القضاة الأربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضى القمى . ولئن سلم فقوله إن خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة ، وقد وقع الثانى فى صريح النفى والأول فى معناه فتناولا بعمومهما الخروج فى السفر والسكن فجاز تخصيصهما إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء .

. . . .

الملبوس أو المأكول أو المشروب فى إن أكلت وإن شربت لم تصح نيته لا فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، فأى شىء أكل أو لبس أو شرب حنث . وعند الشافعى تصح نيته ديانة ، وهو رواية عن أبى يوسف، واختارها الخصاف لأن النية إنما تصح فى الملفوظ لتعيين بعض محتملاته . والثوب فى إن لبست والمأكول والمشروب فى إن أكلت وإن شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت. فإن قيل : إن لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا . أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا، وكذا اللبس والشرب ، والمقتضى لاعموم له عندنا ، ولأن ثبوته ضرورى فيتقدر بقدرها والضرورة فى تصحيح الكلام ، وتصحيحه لايتوقف إلا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح إرادته ، فبنى الخلاف فى هذه الفروع بيننا وبين الشافعى الاختلاف فى أن المقتضى لاعموم له أو له عموم على ماذكروا ، أما لو قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عنيت شيئا دون شىء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لافى القضاء ، لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصححت نيته ، وهذا لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم لما لها إلى كونها فى سياق النفى بسبب أن الشرط المثبت فى اليمين يكون الحلف على نفيه لأن المعنى نفى لبس الثوب فكأنه قال لا ألبس ثوبا إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه . فإن قيل: يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فإنه مذكور بذكر الفعل على ماعرف فى الطلاق . أجيب بأن المصدر أيضا ضرورى للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم ، وهذا يخالف ماتقدم فى مسئلة طلّقى نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث ، بل الحق على هذا أنه عام ، وكما قلتم فى قوله إن خرجت فعبدى حرّ ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصا لنفس الخروج ، بخلاف مالو نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لايصح لأن المكان غير مذكور ، فكذا يراد تخصيص فعل الأكل . وهكذا قولكم فيما إذا حلف لايساكن فلانا ونوى المساكنة فى بيت واحد أنه يصح ، وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل . قلنا : ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه فى سياق النفى لأن الفعل فى سياقه ، لكنه لايقبل التخصيص لأن عمومه ضرورة تحقق الفعل فى النفى ، فإنه لايتحقق فى خصوص محله الخاص : أعنى بعد لفظة لا فى لا آكل إلا بتحقق ذلك المصدر هناك ، وما ليس ثبوته إلا ضرورة أمر لايثبت باعتبار غيره ، ولا يثبت ماهو زائد عليه . ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل فى النفى ثبوت المصدر العام ، وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله ، بخلاف إن أكلت أكلا فإن الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ؛ ولايشكل الفرق لأن أكلا المذكور ليس عين الأكل الضمنى للفعل الضرورى الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص . وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الأربعة القاضى أبو الهيثم والقاضى أبو خازم والقاضى القمى والقاضى أبو طاهر الدباس ؛ وحملوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال إن خرجت خروجا وكأنها سقطت من الكاتب . ومن التزمها أجاب بأن الخروج فى نفسه متنوّع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت إرادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة ؛ فإنها متنوّعة إلى كاملة وهى المساكنة فى بيت واحد ، ومطلقة وهى ماتكون فى دار ، فإرادة المساكنة فى بيت إرادة أخص أنواعها ، وهذا بخلاف ما إذا حلف لايغتسل أو لاينكح ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لايصدق قضاء ولا ديانة ، لأن الاغتسال غير متنوّع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع فى أسبابه ، وكذا لايسكن دار

. . . .

فلان وقال عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى فحلف ينوى السكنى بالإجارة أو الإعارة لايصبح حتى لو سكنها بغير أجر حنث ، بخلاف ما لو حلف لايسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فإنه يصدق لأنه أحد نوعى الشراء لأنه متنوع إلى مايوجب الملك للمشترى وما يوجبه لغيره فتصح نية أحد النوعين ، بخلاف السكنى نفسها لأنها لاتتنوع لأنها ليست إلا الكينونة فى الدار على وجه القرار ، وإنما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لأنها لم تذكر بخلاف الجنس ، وكذا لو حلف لايتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لايصح لأنه تخصيص الصفة ، ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لأنه تخصيص فى الجنس كأن الاختلاف بالنسبة إلى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة إلى البلاد اختلاف بالصفة ، وكأن السر فى ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولد له آباء إلى آدم فكأنه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وإن كان لايخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ . والحق أن الأفعال الخارجية لاتتصور أن تكون إلا نوعا واحدا ، لافرق فى ذلك بين الغسل ونحوه ، ولا بين الخروج ونحوه من الشراء ، فكما أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس إلا إمرار الماء كذلك الخروج ليس إلا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر فى الزمان فلا تصير منقسمة إلى نوعين إلا باختلاف الأحكام شرعا ، فإن عند ذلك علمنا اعتبار الشرع إياها كذلك كما فى الخروج المختلف الأحكام فى السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فإنه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد النوع فى ذلك ، ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة إلى طائفة أخرى وكل فى نفسه نوع لأن الكل قرار فى المكان . ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول فى لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لأن المقتضى مايقدر لتصحيح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل « رفع الخطأ والنسيان » أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عنى وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لايصح شرعا . نعم المفعول : أعنى المأكول من ضروريات وجود فعل الآكل ، ومثله ليس من باب المقتضى وإلا كان كل كلام كذلك إذ لابد أن يستدعى معناه زمانا ومكانا ؛ فكان لايفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان ؛ وبين قام زيد وجلس عمرو ، فإنما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا ، وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم ، فلنا أن نقول: عمومه لايقبل التخصيص، وقد صرح من المحققين جمع بأن من العمومات مالا يقبل التخصيص مثل المعانى إذا قلنا بأن العموم من عوارض المعانى كما هو من عوارض الألفاظ وغير ذلك ، فكذلك هذا المحذوف إذ ليس فى حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه ، إذ ليس الغرض إلا الإخبار بمجرد الفعل على ماعرف من أن الفعل المتعدى قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص فى باقى المتعلقات من الزمان والمكان ، حتى لو نوى لايأكل فى مكان دون آخر أو زمان لاتصح نيته بالاتفاق . ومن صور تخصيص الحال أن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى فى حال قيامه فنيته لغو بخلاف مالو قال لا أكلم هذا الرجل القائم فإن نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى ، والفرق بأن المفعول فى حكم المذكور إذ لايعقل الفعل إلا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدى بدون إخطاره ، فإنما هو لازم لوجوده

(ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبى حنيفة وقالا : إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه متعارف المفهوم . وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته فى الكرع وهى مستعملة، ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا

لامدلولا للفظ . هذا ، وكون إرادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لأنه لايخرج عن قصر عام على بعض متناولاته ، وأقرب الأمور إليك قوله « لاتقتلوا النساء والصبيان » تخصيص لاقتلوا المشركين ، والنساء نوع مندرج تحت المشركين ، ومعنى تخصيص النوع ليس إلا إخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل مايصدق عليه اسم السفر فيستمر الإشكال فى يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا . ولا يجاب بما ذكر فى الذخيرة جوابا عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فن حيث أنه بيان نوع لابيان تخصيص كان يجب أن يصدق فى القضاء كما فى الخروج ، وكما فى قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه فى حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء فى حق الحقوق ، فمن هذا الوجه هو شىء واحد وله عموم ، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصا ، ولكن فى حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان فى حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلناه من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظا ، ومن حيث أنه تخصيص لم يجز فى القضاء . وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أى أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم فى الإثبات لايعم استغراقا ، بخلافه فى النفى لو قلت رأيت رجلا لايعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا (قوله ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا أى يتناول بفمه من نفس النهر عند أبى حنيفة : يعنى إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا ، وقالا : إن شرب منها كيفما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لافرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعا فى دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة فى جميع هذه الصور . وقولهما قول الشافعى وأحمد ، وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة ، وهو وإن كان مجازا إما مجاز حذف ، أى من ماء دجلة ، أو مجاز علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثريته بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر ، مقررين له بأن علاقته المجاورة ، ثم هو أشهر من أن يراد به

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أى حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع فى الماء إذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع فى النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها ، والكراع مستدق الساق ، وهذا (عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : إذا شرب منها بإناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس ، أما كون المجاز متعارفا فظاهر ، فإن المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من مائها ، وأما أن الحقيقة مستعملة فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم « هل عندكم ماء بات فى شن ، وإلا كرعنا » ولهذا إذا كرع حنث بالإجماع . فإن قيل : لانسلم أن الحنث فى الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما فى قوله لايضع قدمه فى دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإناء وغيره لأن الحكم فى عموم المجاز كذلك . فالجواب أن المصير إلى عموم المجاز إنما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها ، وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير إليه .

(وإن حلف لايشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث) لأنه بعد الاغتراف بقى منسوبا إليه وهو الشرط فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره ، كما لو حلف لايضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان ، بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لايحنث لأن هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه. وله أن المعنى الحقيقى للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لأن كثيرا من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه. وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أتى قوما فقال : هل عندكم ماء بات فى شن وإلا كرعنا » وإذا كان المعنى الحقيقى مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لأن الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز ، ولهذا يحنث بالكرع إجماعا ، إلا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لاباعتبار إرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا إهدار هذا القسم ، وإنما قلنا إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لابتداء الغاية ، فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة ، وذلك إنما يكون بوضع الفم عليها نفسها ، فإذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها ، وأما ما فى الهداية من أنها للتبعيض فإنما يصلح توجيها لقولهما لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة ، إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة وهو الأرض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ، ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لاأشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة، وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور : وفى تقدم المجاز المتعارف ، وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأصلى انصرف إلى المشهور منه وإن جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لايفعل (١) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها ، وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض . فالمعنى : لايشرب بعض ماء دجلة ، أو للابتداء والمعنى : لايكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره . وأما الاستدلال له بقوله تعالى ـ إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه ـ إلى قوله ـ إلا من اغترف غرفة بيده ـ من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط ، وهو بناء على أنه استثناء منقطع ، والاتصال أولى إذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه ، فإن المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية ورى ، فإن حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا أو كثيرا كافيا فليس منى إلا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بأن اغترفها . والذى انتظم عليه رأى أصحابنا فى الدرس فى توجيه قول أبى حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة على قول الكل حقيقة فى نفس النهر دون الماء ، وإرادة وضع فه على نفس أجزائه منتف ، فالمراد ليس إلا وضعه على الماء الكائن فيها ، وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا أو مجازا ، فإن فرض مشتركا فلا إشكال أن حقيقة اللفظ : أعنى مجموع التركيب بوضع الفم فى مائها حال كونه فى خصوص ذلك المحل وإن فرض مجازا فى هذا الماء ، فمعنى قوله للفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة فى وصل المعنى الحقيقى للاأشرب بالمعنى المجازى لدجلة وهو الماء الكائن فى النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض ، والمعنى : : لا أشرب بعض دجلة : أى الماء الخاص فى المكان الخاص ، فظهر إمكان كونها

وقوله (ولو حلف لايشرب من ماء دجلة) ظاهر .

---

(١) (قول الكمال لايفعل) أى لأن إرادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما يأتى كذا بهامش .

للتبعيض مع صحة قوله للفظ : أى التركيب حقيقة مستعملة هى الشرب من نفس الماء الكائن فى المكان الخاص ثم يترجح مجازه فى المفرد : أعنى دجلة المستعمل فى مائها بقيد كونه فى نفس النهر على مجازهما وهو دجلة فى مائها لابهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بإناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب إلى الحقيقة : أعنى دجلة بمعنى النهر . ونظير المسئلتين ما لو حلف لايشرب من هذا الكوز فصبّ الماء الذى فيه فى كوز آخر فشرب منه لايحنث بالإجماع . ولو قال من ماء هذا الكوز فصبّ فى كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع . وكذا لو قال من هذا الحبّ أو من ماء هذا الحب فنقل إلى حب آخر . ولو قال من هذا الحبّ أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرعى : لو كان الحبّ أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبى حنيفة رحمه الله لإمكان العمل بالحقيقة ، وعندهما على الاغتراف . وينبغى أن يقال على ماهو أعم من الاغتراف ، وإن لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف . ولو تكلف فى هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا ، والصحيح أنه لايحنث لعدم العرف بالكرع فى هذه الحالة .

[فروع] لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعا ، أما عنده ، فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأنه مثل الفرات فى إمساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز . أما لو قال لاأشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لاتنقطع بالأنهار الصغار . ولو قال لا أشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب فى أى موضع كان . ولو حلف لايشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث . ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث . ولو حلف لايشرب من هذا الماء فانجمد فأكله لايحنث ، فإن ذاب فشرب حنث . قال الفقيه أبو الليث : هذا بمنزلة ما إذا حلف لايجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لايحنث ، فإن فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث . وفى فتاوى محمد بن الوليد : لايحنث إذا شربه لانقطاع النسبة الأولى لانتسابه إلى الجمد ، ولو كان فى الحلّ حنث لأن النسبة لاتنقطع . ولو حلف لايشرب من وسط دجلة فوسطه مالم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه ، والظاهر أن هذا لايتأتى فى النيل لأن الشط ينتفى قبل الربع أيضا لسعته . ومن حلف لايشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لأن الصالحين يسمونه شارب خمر ، ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر . ولو حلف لايشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ ، وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاعا لايشرب الخل والسمن والزيت والعسل . وقيل لايحنث بالماء وهو الظاهر لأن العرف فى اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشرب اللينوفر . وقيل لايقع على المتخذ من الحبوب . حلف لايشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه . فى الخلاصة ينبغى أن يحنث ، وهذا دليل الرضا وليس بإذن . ولو حلف لايشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالأقسمة ونحوه يعتبر بالغالب . وإنما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما ، كذا روى عن أبى يوسف فى النوادر فيما إذا حلف لايشرب لبنا فصبّ عليه ماء وشربه يحنث إن كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه ، وإن كان لون الماء لايحنث . وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء ، وإن كان سواه حنث استحسانا . وأما إذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى ، فعند أبى يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب ، وعند محمد يحنث بكل حال لأن الجنس عنده لايغلب الجنس بل يتكثر بجنسه ، وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج ،

(ومن قال إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث ، فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يحنث فى ذلك كله) يعنى إذا مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى . وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البرّ عندهما خلافا لأبى يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبرّ فلابد من تصور البرّ ليكن إيجابه . وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة . قلنا : لابد من تصور الأصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لاينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ؛ ففى الوجه الأول لايحنث عندهما ، وعند أبى يوسف يحنث فى الحال ، وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم جميعا)

أما فيما لايمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق إذا عقد يمينه على الدهن (قوله ومن قال إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث ، وإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله إذا مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى ، وأصله) أى أصل هذا الخلاف أن تصوّر البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البرّ ، وهو قول مالك ووجه عند الشافعية ، وعند أبى يوسف لايشترط تصوّر البر فى انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة ، وهو وجه آخر للشافعية . ومما ابتنى على الخلاف : لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضى اليوم لايحنث عندهما . ويحنث عند أبى يوسف فى آخر جزء من اليوم ، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لايحنث عندهما خلافا له ، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما لأنه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله فيه ، بخلاف ما إذا لم يكن عالما لأنه عقدها على حياته القائمة فى ظنه والواقع انتفاؤها فكان البرّ غير متصور كمسئلة الكوز فإنه وإن أمكن إحداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير

قال (ومن قال إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء فى الكوز أو لم يعلم (فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يحنث فى ذلك كله) أى فيما إذا كان فيه الماء وفيما لم يكن ، وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح . واعترض على وجههما بأن البرّ متصور فى صورة الإراقة ، لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا . وأجيب بأن البرّ إنما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لايسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان . وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أى عن ذكر اليوم (ففى الوجه الأول) يعنى فيما إذا لم يكن فى الكوز ماء (لايحنث عندهما ، وعنده يحنث فى الحال . وفى الوجه الثانى) وهو أن يكون فيه ماء فأهريق (يحنث فى قولهم جميعا .

(قال المصنف : ومن قال إن لم أشرب الخ) أقول : وإن كان يعلم أنه لا ماء فى الكوز ينعقد عند الثلاثة ، كذا فى البدائع . وفيه أيضا : وعلى هذا الخلاف إذا قال والله لأقتلن فلانا وفلان ميت وهو لايعلم موته لاينعقد عندهم خلافا لأبى يوسف ، وإن كان عالما بموته ينعقد عندهم خلافا لزفر اه . وسيجىء من المصنف فى باب اليمين فى القتل والضرب أن الصحيح أنه ليس فى مسئلة الكوز تفصيل العلم (قوله واعترض على وجههما بأن البر متصور فى صورة الإراقة لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة الخ) أقول : كما إذا صب فى إناء آخر لا فى الأرض وفيه تأمل (قوله وأجيب بأن البر ، إلى قوله : لايسع فيه غيره) أقول : ضمير غيره راجع إلى البر .

فأبو يوسف فرّق بين المطلق والموقت . ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله ، وفى المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرّقا بينهما . ووجه الفرق أن فى المطلق يجب البرّ كما فرغ ، فإذا فات البر بفوات ماعقد عليه اليمين يحنث فى يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق ؛ أما فى المؤقت فيجب البرّ فى الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البرّ لعدم التصور فلا يجب البرّ فيه فتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء فى هذه الحالة .

المحلوف عليه . فإن الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه إذ ذاك فلذا لاينعقد عندهما . وكذا إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضى الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبى يوسف رحمه الله . وكذا لو قال لزيد إن رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدى حرّ فرآه زيد فسكت ولم يقل شيئا أو قال هو عمرو لايعتق عندهما لفوات الإعلام فلم تبق اليمين. وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه . وكذا إذا حلف لايعطيه حتى يأذن فلان فات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافا له ، وكذا ليضربنه أو ليكلمنه . وجه قولهما أن اليمين إنما تعقد للبر حملا أو منعا أو لإظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البرّ ، فإذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد إلا فى محلها ، وإذا لم تنعقد فلا حنث ، ولأبى يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبرّ على وجه يظهر فى الخلف وهو الكفارة كما قلنا فى الحلف على مس السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهبا حيث ينعقد مع استحالته عادة ؛ ثم يحنث فى الحال لما قلنا . قلنا لابد من تصور الأصل لينعقد فى حق الخلف لأنه فرع الأصل فينعقد أولا فى حقه ثم ينتقل إلى الخلف للعجز الظاهر ، ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان للبرّ مستحيلا فيها ، ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بأن لم يذكر اليوم ففى الوجه الأول ، وهو ما إذا لم يكن فى الكوز ماء لايحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البرّ ، وعند أبى يوسف يحنث للحال ، وفى الوجه الثانى وهو ما إذا كان فيه ماء فأهريق يحنث فى قولهم جميعا (قوله فأبو يوسف فرق الخ) لاشك أن هنا أربع صور : صورتان فى المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون فى الكوز ماء وقت الحلف وأن لايكون ، وصورتان فى المطلقة عندهما هاتان أيضا ؛ ففى المقيدة ولا ماء لاتنعقد عندهما لعدم تصور البرّ فلا يتصور الحنث ، وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن

فأبو يوسف فرق) فى الوجه الأول وهو الذى لم يكن فى الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم بين المؤقت به ، فقال فى المطلق إنه يحنث فى الحال ، وفى المؤقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس . ووجهه ماذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله ، وهذا لأن اليمين متى عقدت على فعل لايمتد مؤقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الأخير للانعقاد لأن الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره ، وفى المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال ، كذا فى بعض الشروح . وقال فى النهاية : فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت : أى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما إذا كان فى الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الإراقة من غير توقف إلى الليل ، وفى المؤقت لايحنث فى الحال بل يتوقف حنثه إلى آخر اليوم ، وهما فرّقا بين المطلق والمؤقت : يعنى فى هذا الوجه على ماذكر فى الكتاب . وأشار بقوله كما إذا مات الحالف والماء باق إلى أن بقاء المحل شرط للبرّ كبقاء الحالف ، وأشار بقوله كما إذا عقده ابتداء فى هذه الحالة إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها .

قال (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر : لاتنعقد لأنه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد. ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ؛ ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحوّل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى . وإذا كان

البرّ من وقت الحلف إلى الموت ، وفى المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا، فإذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البرّ حال البقاء إلى آخر الوقت ، وعنده يتأخر الحنث إلى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث . وفى المطلقة ولا ماء لاتنعقد عندهما ، وعنده تنعقد ، ويحنث للعجز الحالى الذى لايرجى زواله . وفى المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقا لإمكان البر عندهما ، فإذا أريق حنث اتفاقا . أما عند أبى يوسف فبطريق أولى مما قبله . وأما عندهما فلأن تصور البر ليس شرطا فى المطلقة إلا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف ، فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة إذا كان الماء موجودا حال الحلف فأوجب الحنث حال الإراقة ، فإذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين . والفرق أن التأقيت للتوسعة على نفسه فى الفعل فلا يتعين الفعل عليه إلا فى آخر جزء من الوقت ، وإن كان التأخير لايرجى له فائدة فيما إذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين فى حق الفعل مضيقا متعينا إلا فى آخر جزء منه فلا يحنث قبله ، ، وكذا إذا كان فيه ماء فصبّ لهذا بعينه . بخلاف المطلقة ولا ماء فإنه لافائدة فى تأخير الحنث ، وإن كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها إلا بموت الحالف أو المحلوف عليه فى مثل حلفه على ضربه أو طلاقها ، فإن ذلك إذا كان البرّ مرجوّا ولا رجاء له هنا ، وفيما إذا كان الماء موجودا لايثبت هذا اليأس إلا عند الإراقة فيحنث إذ ذاك . وهما أيضا يحتاجان إلى الفرق لأنه لايحنث عندهما إذا ذكر الوقت فأهريق قبل آخره ، وإذا لم يذكر فأهريق يحنث . والفرق أن الوقت إذا ذكر كان البرّ واجبا عليه فى الجزء الأخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف إذ ذاك ليشربنّ ما فى هذا الكوز اليوم ، وعلمت بهذا أن اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو فى المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة ، بخلاف ما إذا لم يذكر الوقت فإن البرّ واجب عليه فى الحال ، فإذا فات المحلوف عليه حنث . ولقائل أن يقول : وجوب البرّ فى المطلقة فى الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث فى ثانى الحال فلا شك أنه ليس كذلك ، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت فيحنث فى آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لأنه لايحنث إلا فى آخر جزء من الوقت الذى ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأى شىء تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت فى المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة فى المطلقة . ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته إن لم تهبى لى صداقك اليوم فأنت طالق ، فقال أبوها إن وهبت له صداقك فأمك طالق ، فحيلة عدم حنثهما أن تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه ، فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لأنها لم تهب صداقها ولا الزوج لأنها عجزت عن الهبة عند الغروب لأن الصداق سقط عن الزوج بالبيع ، ثم إذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) يعنى إذا حلف

وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ماذكره ظاهر . واعترض بأن تصوّر البرّ لوكان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى الغموس لأن الله تعالى قادر على إعادة الزمان الماضى وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم وأجيب بأن تصوّر البرّ فى الغموس بأن يجعل الفعل الذى لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل . وقوله (وإن كان

متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة. كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز ، لأن شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لايتصور فلم ينعقد .

(باب اليمين فى الكلام)

مطلقا كما هى فى الكتاب . أما إذا وقت اليمين فقال لأصعدن غدا لم يحنث حتى يمضى ذلك الوقت، حتى لو مات قبله لاكفارة عليه إذ لاحنث . وقال زفر : لاتنعقد أصلا لأنه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تنعقد . ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الأنبياء ، وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله بخلعه صفة الحجرية وإلباس صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية ، والتحويل فى الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ماهو الحق ، ولعله من إثبات كرامات الأولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما إذا مات الحالف فإنه يحنث فى آخر جزء كما قلنا مع احتمال إعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ، ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث إجماعا . بخلاف مسئلة الكوز لأن شرب الماء الذى فى الكوز الذى لا ماء فيه لايمكن ولاتتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد . فمحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه ، وكل ما وقع فى هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا منفهما ، والله أعلم .

(باب اليمين فى الكلام)

لما فرغ من ذكر الأفعال التى هى أهم من الكلام كالأكل والسكنى وتوابعهما شرع فى الكلام إذ لابد من وقوعه لأن الإنسان لابد له من إيصال ما فى نفسه إلى غيره لتحصيل مقاصده . وبدأ بالكلام الأعم من خصوصيات

متصورا ينعقد اليمين) إنما كان كذلك لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، فإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف ؛ ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف، وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم .

(باب اليمين فى الكلام)

لما ذكر بيان أيمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام ، إذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج

قوله (لأن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول : أى مقيس .

(باب اليمين فى الكلام)

(قوله إذ اليمين إلى قوله على ذكر النوع الخ) أقول : فيه تأمل .

قال (ومن حلف لايكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله . وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ، وعليه عامة مشايخنا ، لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لايسمع صوته .

العتق والطلاق وغيرها لتقدم الأعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لايكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) اقرب مكانه منه(إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه إلا أنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله : أى لغفلته فإنه يحنث ، وهذا لأن العلم بوصول صوته إلى صماخه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سالما سمع ولهذا لو كان أصم حنث . وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ، فإنه قال فى بعضها فناداه أو أيقظه ، وفى بعضها فناداه وأيقظه . قال : واختاره مشايخنا لأنه إذا لم يتنبه بكلامه صار كما إذا ناداه من بعيد جدا بحيث لايسمع صوته فضلا عن أن يميز حروفه ، وفى ذلك يكون لاغيا لامتكلما مناديا ، وصار كما لو كان ميتا لايحنث بكلامه ، بخلاف الأصم لأنه يصح أن يقال كلمه إذا كان بحيث لولا الصمم سمع . لايقال : يصح مثل هذا فى الميت . لأنا نقول : يمينه لاتنعقد إلا على الحىّ لأن المتعارف هو الكلام معه ، ولأن الغرض من الحلف على ترك الكلام إظهار المقاطعة وذلك لايتحقق فى الميت والبعيد الذى لاشعور له بندائه وكلامه ، لكن ماذكر محمد فى السير الكبير : إذا نادى المسلم أهل الحرب بالأمان من موضع يسمعون صوته إلا أنهم لايسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان . قال السرخسى هذا يبين أن الصحيح فى مسئلة الأيمان الحنث وإن لم يوقظه انتهى . وقد فرق على هذه الرواية بأن الأمان يحتاط فى إثباته . وقيل يحكم فيها بالخلاف ، فعنده يحنث لأنه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لايحنث ، والمراد بما نسب إليه ما ذكر فى باب التيمم من أن المتيمم إذا مرّ وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه ، وقد تقدم هناك مافيها من الاستبعاد للمشايخ ، فإنه لو كان مستيقظا حقيقة وإلى جانبه حفيرة ماء لايعلم بها لاينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس ، وأضيف إلى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ . وفى الذخيرة : لايحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لامتصل ، فلو قال موصولا إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو اخرجى أو قومى أو شتمها أو زجرها متصلا لايحنث لأن هذا من تمام الكلام الأول ، فلا يكون مرادا باليمين إلا أن يريد به كلاما مستأنفا ، وهو وجه لأصحاب الشافعى ، وبه قال الشافعى فى الأظهر وأحمد ومالك وفى المنتقى : لو قال فاذهبى أو واذهبى لاتطلق ، ولو قال اذهبى طلقت لأنه منقطع عن اليمين . وأما ما فى نوادر ابن سماعة عن محمد : لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لأنه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك فى عدم صحته لأنه كلام

والصلاة والصوم من أنواع الكلام ، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لايكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الإسلام أن التكليم عبارة عن إسماع كلامه كما فى تكليم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه ، إلا أن إسماع الغير أمر باطن لايوقف عليه فأقيم السبب المؤدى إليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسماع ، وكلامه واضح . وقوله (لتغافله) أى لغفلته . وقوله (وفى بعض روايات المبسوط) يريد ماروى فى رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه ، وهذه الرواية تشير إلى اشتراط الإيقاظ للحنث . وذكر فى بعض الروايات فناداه أو أيقظه ، وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وإن لم يوقظه . وقال شمس الأئمة

واحد ، فإنه إذا أراد أن يحلف على أحد الأمرين لايقال إلا كذلك ، وعلى هذا إذا قال لآخر إن ابتدأتك بكلام فعبدى حرّ فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لايحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء . ولو قال لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هى له كذلك لايحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئها ، ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصوّر ابتدائها . ولو حلف لايكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث لا أن لايقصده فيصدق ديانة لاقضاء ، وعند مالك والشافعى رحمهما الله قضاء أيضا .أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء عندنا ، ولو سلم من الصلاة فإن كان إماما قيل إن كان المحلوف عليه عن يمينه لايحنث ، وإن كان عن يساره يحنث لأن الأولى واقعة فى الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية . وقيل لايحنث بها لأنها فى الصلاة من وجه ، وكذا عن محمد لايحنث بهما وهو الصحيح . والأصح ما فى الشافى أنه يحنث إلا أن ينوى غيره . وفى شرح القدورى فيما إذا كان إماما يحنث إذا نواه وإن كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما . وعند محمد لايحنث مطلقا لأن سلام الإمام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافا لهما ، وبه قال مالك . ولو دق عليه الباب فقال من حنث . وقال أبو الليث : لو قال بالفارسية كيست لايحنث . ولو قال كى تر حنث ، وبه أخذ وهو المختار . ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبى حنث ، ولو كلمه الحالف بكلام لايفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين . ولو أراد أن يأمره بشىء فقال وقد مرّ المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لايحنث قاله فى الذخيرة . ولو حلف لايتكلم فناول امرأته شيئا وقال ها حنث . ولو جاء كافر يريد الإسلام فبين صفة الإسلام مسمعا له ولم يوجه إليه لم يحنث . وفى المحيط . لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث . وخارج الصلاة يحنث . ولو كتب إليه كتابا أو أرسل رسولا لا يحنث لأنه لايسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد . واستدلالهم بقوله تعالى ـ وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا ـ أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف . واعلم أن الكلام لايكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة ، والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة ، والإيماء والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالإشارة أيضا ، فإن نوى فى ذلك كله : أى فى الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى . ولو حلف لايحدثه لايحنث إلا أن يشافهه ، وكذا لايكلمه يقتصر على المشافهة . ولو قال لا أبشره فكتب إليه حنث . وفى قوله إن أخبرتنى أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب . ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة ، وكذا إن أعلمتنى . وكذا البشارة ومثله إن كتبت إلىّ أن فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل إليه الكتاب حنث سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده ، بخلاف إن كتبت إلىّ بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع . ذكر هشام عن محمد : سألنى هارون الرشيد عمن حلف لايكتب إلى فلان فأمر من يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنث ؟ فقلت نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك . قال السرخسى : وهذا صحيح لأن السلطان لايكتب بنفسه وإنما يأمر ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة . ولو حلف لايقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لايحنث عند أبى يوسف ، ويحنث عند محمد لأن المقصود الوقوف على مافيه لاعين التلفظ به . ولو حلف لايكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوى كلامنهما فيحنث بكلام أحدهما ، وعليه الفتوى وإن ذكر خلافه

السرخسى : والأظهر أنه لايحنث ، وإليه أشار بقوله وعليه مشايخنا ، والوجه ماذكره فى الكتاب .

(ولو حلف لايكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث) لأن الإذن مشتق من الأذان الذى هو الإعلام ، أو من الوقوع فى الإذن ، وكل ذلك لايتحقق إلا بالسماع . وقال أبو يوسف : لايحنث لأن الإذن هو الإطلاق ، وأنه يتم بالآذن كالرضا . قلنا : الرضا من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن على مامر . قال (وإن حلف لايكلمه شهرا فهو من حين حلف) لأنه لولم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ماوراءه فبقى الذى يلى يمينه

فى بعض المواضع (قوله ومن حلف لايكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان) أى بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع فى الإذن وكل ذلك لايتحقق إلا بالسماع) قال المصنف (وقال أبو يوسف : لايحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الأقطع فى شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث . وعن أبى يوسف لايحنث . ووجه هذه الرواية عنه أن الإذن هو الإطلاق ، وأنه يتم بالآذن كالرضا ، فإنه لو حلف لايكلمه إلا برضا فلان فرضى ولم يعلم الحالف حتى كلمه لايحنث . أجاب المصنف بأن الرضا من عمل القلب ولا كذلك الإذن ، نعم هو يتضمن الرضا ظاهرا لكن معناه الإعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا ، وما نوقض به من أنه ذكر فى التتمة والفتاوى الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لايعلم يصح الإذن حتى إذا علم يصير مأذونا . دفع بأنه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الإذن قبل العلم حيث قال : حتى إذا علم صار مأذونا فعرف أنه ليس له قبل العلم حكم الإذن . يدل عليه ما فى الشامل فى قسم المبسوط : أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه ، غاية مافيه أن الإذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه . وقوله على مامر : يعنى ماتقدم آنفا من قوله لأن الإذن مشتق من الأذان الخ (قوله وإن حلف لايكلمه شهرا فهو) أى ابتداء الشهر (من حين حلف) لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن ، ونظيره إذا أجره شهرا لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة فى الحال ظاهرا ، فكان ابتداؤه من وقت العقد ، ولأنه لو لم يعتبر

(ولو حلف لايكلمه إلا بإذنه) ظاهر . وقوله (وأنه يتم بالإذن كالرضا) يعنى انه إذا حلف لايكلمه إلا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لايحنث لما أن الرضا يتم بالراضى ، فكذلك الإذن يتم بالآذن . قلنا : الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الإذن على مامر أنه إما من الأذان الذى هو الإعلام ، أو من الوقوع فى الإذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد . واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونا إذا أذن له مولاه وهو لايعلم لكنه يصير مأذونا فلم يكن الإذن محتاجا إلى الوقوع فى الإذن . وأجيب بأن الإذن هنا فك الحجر فى حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الإذن ، وأما فى اليمين فلما حرم كلامه باليمين إلا عند الإذن صار الإذن مثبتا لإباحة الكلام للحالف فلابد من الإعلام بذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وأمره واضح عند الأصولى (وإن حلف لايكلمه شهرا فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين) لأن ما يلى اليمين صالح لمحلية البر : أى جزء كان من أجزاء الليل والنهار ، وإذا كان كذلك وقد وقعت النكرة فى سياق النفى كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لإخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال ، بخلاف مالو قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين ، إما لأنه نكرة فى سياق الإثبات ، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التى لاتصلح أن تكون محلا للصوم ، فكان ذكره لتقدير الصوم

(قوله فرضى المحلوف عليه بالاستثناء) أقول : يعنى المستثنى (قوله إذا أذن له مولاه) أقول : أنكر الإتقانى كون العبد مأذونا بلا علمه

داخلا عملا بدلالة حاله . بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه (وإن حلف لايتكلم فقرأ القرآن فى صلاته لايحنث ، وإن قرأ فى غير صلاته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير . وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لأنه كلام حقيقة . ولنا انه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا . قال عليه الصلاة والسلام «إن صلاتنا هذه لايصلح فيها شىء من كلام الناس» وقيل فى عرفنا لايحنث فى غير الصلاة أيضا لأنه لايسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون . وأما الأجل فى قوله كفلت لك بنفسه إلى شهر ؛ اختلف فى أنها لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها . فعن أبى يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم بإحضاره بعد الشهر وألحقاها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضاره قبل الشهر ، وهو أحسن لأن الأجل فى مثله للترفيه ؛ بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرا فإنه نكرة فى الإثبات . وإنما يوجب شهرا شائعا يعينه الحالف ولا موجب لصرفه إلى الحال . وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لإخراج ماوراءه فبقى مايلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله ، فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ؛ ومن الشارحين من قرره وجهين لأن دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء إلى مايلى الحلف كما ذكرنا ، وما قبله وجه آخر وهو أنه لو أطلق تأبد متصلا بالإيجاب . ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالأصل لا بدلالته على النفى ، ولو فرض له دلالة على نفى الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو مايلى شهرا ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا ، إلا أنك علمت من تقريرنا أن لاحاجة إلى ماقدمه من لزوم التأبيد والإخراج . وأما ما فرع على استقلال الإخراج مما ذكره التمرتاشى من قوله إن تركت الصوم شهرا أو كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لأن ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الأبد فذكر الوقت لإخراج ما وراءه ، وكذا إن لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا فى عمره حنث وإن لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ مالم يوجبه . نعم إن كان فى مثله عرف يصرفه إلى الوصل بالحلف وإلا فلا (قوله ولو حلف لايتكلم فقرأ القرآن فى الصلاة لايحنث ، وإن قرأ فى غير الصلاة حنث ، وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير) إذا فعله فى الصلاة لايحنث وخارجها يحنث ، وهذا جواب الاستحسان . وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لأنه أى القرآن والذكر كلام حقيقة . ولنا أنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى يحدث من أمره مايشاء ، وإن مما أحدث أن لايتكلم فى الصلاة » متفق عليه . وأما الحديث الذى ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم « إن صلاتنا هذه لايصلح فيها شىء من كلام الناس » فقيل عليه إنما نفى عنها كلام الناس ، ولا يستلزم نفى الكلام مطلقا ، وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ، ولما كان مبنى الأيمان على العرف ، وفى العرف المتأخر لايسمى التسبيح والقرآن أيضا وما معه كلاما حتى أنه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لايحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة ، واختير

وأنه منكر فالنية تعينه . وقوله (وإن حلف لايتكلم فقرأ القرآن) ظاهر .

فراجعه إلى الشرح (قال المصنف : وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى) أقول : فى الكافى مايخالفه ، فإنه جعل قول الشافعى كقول خواهر زاده .

(ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره ـ والكلام لايمتد (وإن عنى النهار خاصة دين فى القضاء) لأنه مستعمل فيه أيضا . وعن أبى يوسف أنه لايدين فى القضاء لأنه خلاف المتعارف .

للفتوى من غير تفصيل: أى تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية. وما ذكر فى بعض المواضع من أنه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت «سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر» طلقت واحدة ، ولو قالت بلا عطف :سبحان الله الحمد لله لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثا لأنه كلام متعدد بالاستئناف كل بخلاف المعطوف لأنه كلام واحد . وقد يدفع بأن الكلام فى مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد أصلا . وأما الشعر فإنه يحنث به لأنه كلام منظوم ، وفى الحديث « أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد :

ألا كل شىء ماخلا الله باطل وكل نعيم لا محالة زائل »

وعرف مما تقدم أنه لايحنث بالكتابة والإيماء ونحوه (قوله ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) فإن كلمه ليلا أو نهارا حنث ، ثم قال المصنف فى وجهه : لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره ـ ولافرق بين التولية ليلا أو نهارا . والكلام لايمتد ؛ قيل فى وجهه لأنه عرض لايقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك . وذلك عند الموافقة صورة ومعنى ، والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الأول فليس مثلا . وما قيل الكلام يتنوع إلى خبر واستخبار وأمر ونهى فلا يحمل على الكلام المطلق أنه ممتد ، فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير ممتد إذ كل نوع منه على هذا ممتد على أنه اسم الكلام ليس إلا لألفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الأول أو لا ، وبه يندفع القولان ، ولذا قال الشيخ عبد العزيز : الصحيح أن يقال الطلاق مما لايمتد لأن الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ، ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف إليه كما فى قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، وقد تقدم تحقيق هذا الأصل فى الطلاق واختلاف عباراتهم فيه . وأن الأولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف إليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لأنه هو المقصود الأصلى ، بخلاف ما أضيف إليه لأنه ليس مقصودا إلا لتعيين مايتحقق فيه ماقصد إلى إثبات معناه بالقصد الأول . واستشكل بما لو قال والله لا أكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لايحنث لأن الليل لم يدخل ، وكذا لو قال فى كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك فى التتمة وبه قال الشافعى . وهذا لايرد على ماهو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ماذكر المصنف . وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار فى المسئلة الأولى بدلالة إعادة حرف النفى عند ذكر الغد وإلا لم يكن لذكره فائدة ، حتى لو قال لاأكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة ، وبه قال الشافعى وهو كقوله ثلاثة أيام . وفى المسئلة الثانية ذكر كلمة « فى » فى كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف فى أنت طالق فى كل يوم تطلق ثلاثا فى ثلاثة أيام ، ولوقال كل يوم تطلق واحدة ، ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله وإن عنى النهار خاصة) أى بلفظ اليوم (دين) أى صدق (فى القضاء لأنه مستعمل فيه) أى لأنه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضى وإن كان فيه تخفيف على نفسه أوهو مشترك بين النهار ومطلق الوقت . وعن أبى يوسف لايدين فى القضاء لأنه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء

وقوله (ولو قال يوم أكلم فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهار أكلم فلانا وليلة أكلم فلانا ويوم أكلم فلانا ، فالأولى لبياض النهار خاصة ، فلو كلمه ليلا لم يحنث .

(ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة . وما جاء استعماله فى مطلق الوقت (ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث ، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث) لأنه غاية

(قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة فى سواده كالنهار للبياض خاصة ، وما نافية ، وجاء استعماله فى مطلق الوقت كما جاء فى لفظ اليوم . وأورد عليه قول القائل :

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالى لاقينا جذاما وحميرا
سقيناهم كأسا سقونا بمثلها ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم تكن ليلا . أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالى بصيغة الجمع ، وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بإزائه من الآخر ، ولا كذلك المفرد : يعنى ذكر الليالى ينتظم النهر التى بإزائها ، كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالى التى بإزائها ، قال تعالى ـ أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام ـ وفى آية أخرى ـ ثلاث ليال سويا ـ والقصة واحدة وليس الكلام إلا فى المفرد ، فإن ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب . ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضى أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالى تتبعها أيام بقدرها ، والمتعارف فى مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالى ، وليس هذا بشىء لأن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما ولياليها ، وهذا كثير الوقوع ، فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك فى خصوص عرف (قوله ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث ، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية) أى لأن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت فى اليمين يكون للمنع منه فيكون فى معنى المنفى به وبالقلب ؛ فقوله إن كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فامرأته طالق ، وإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبقى اليمين ما بقى عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهى بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه وإذنه ، أما أن حتى غاية فظاهر .

والثانية لسواده خاصة ، فلو كلمه نهارا لم يحنث . وما جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء فى قول الشاعر :

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالى لاقينا جذاما وحميرا

مرادا به الوقت فليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما فى الشعر بلفظ الجمع ، وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بإزائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه . والثالثة يعتبر بما قرن به ، إن قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره ـ والكلام مما لا يمتد ، وإن قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار ، والبحث فيه وظيفة أصولية ، وقد قررناه فى التقرير ، فإن عنى فى قوله يوم أكلم فلانا النهار خاصة صدق فى القضاء لأنه مستعمل فيه أيضا قال الله تعالى ـ إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة ـ والمراد به بياض النهار . وقوله (لأنه غاية) أما فى كلمة حتى فظاهر ، وأما فى إلا أن فلما تقدم من مناسبة معنى

(قوله وما جاء استعماله فى مطلق الوقت) أقول : لفظ ما نافية فى قوله وما جاء الخ (قوله وذكر أحد العددين ، إلى قوله : من العدد الآخر) أقول : والتفصيل فى باب الاعتكاف (قوله فلما تقدم من مناسبة الخ) أقول : فى باب اليمين فى الخروج والإتيان

واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وإن مات فلان سقطت اليمين) خلافا لأبى يوسف لأن الممنوع عنه كلام ينتهى بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين . وعنده التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين .

وإما أن إلا أن غاية فلأن به ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية إذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها ، ومثله قوله تعالى ـ لايزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم ـ أى إلى موتهم . وقيل هى استثناء على حالها وفيه شىء ، وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه وإلا حال قدومه أو إذنه بتقدير مضاف إلى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن ، فإن تقدير إلا أن يأذن إلا إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقدوم ، فيقتضى أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث لأنه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع ، ثم أورد أن إلا أن شرط لاغاية لأنها شرط فى قوله امرأته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد . وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لايحتمله : يعنى فتكون فيه للشرط اه . وهذا يؤيد ماتقدم من أن الكلام مما يمتد لأنه الشرط هنا بخلاف ماذكر المصنف ، ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت فالمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لا عدمه . وجهه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم فى مسئلة الطلاق لا على أن قدم لأنه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع ، وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق فى الحال مستمر إلى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله ، والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم ، فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق كقوله إن لم أطلقك فأنت طالق . قال تاج الشريعة : ومهما أمكن المصير إلى هذا المجاز : يعنى الغاية لايصار إلى ذلك المجاز : يعنى الشرط لأن فى هذا إجراء المجاز فى مجرد الاستثناء . وفى ذلك إجراؤه فى استثناء القدوم ، لأنا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم وإجراء المجـــاز فى الجزء أولى منه فى المجموع (قوله وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبى يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهى) المنع منه (بالإذن والقدوم ولم يبق) الإذن ولا القدوم (بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البرّ متصور الوجود ، وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبى حنيفة ومحمد على مامر ، وهذا اليمين مؤقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البرّ إذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البرّ . وعند أبى يوسف التصوّر ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ، فأىّ وقت كامه فيه يحنث . فإن قيل : لانسلم عدم تصور البرّ بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن .

الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية . قوله (وإن مات فلان) يعنى الذى أسند إليه القدوم أو الإذن سقط اليمين لانتفاء تصور البرّ . فإن قيل : إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لايبطل اليمين . فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن فى حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهى غير المعادة لامحالة ، ولهذا قلنا : إذا قال لأقتلنّ فلانا

(قوله وهى غير المعادة) أقول : أى بالاعتبار (قال المصنف : ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول : ليتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتأمل .

(ومن حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لأنه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف إلى فلان ، إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث ، قال هذا فى إضافة الملك بالاتفاق . وفى إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة

فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على إذنه فيها وقدومه وهى الحياة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشى لايمكن إعادتها بعينها ، وإن أعيدت الروح فإن الحياة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح . (قوله ومن حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه) إنما أراد من ينسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ . اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لايدخل داره أو لايلبس ثوبه أو لايركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة فى الكل معرفة لعين ماعقد اليمين على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه . فالإضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لاتقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحى وهو محمل الجعل المذكور للمصنف . وإذا كانت هذه الإضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الإشارة كقوله لايكلم عبده هذا أو زوجته هذه أولا ، فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعى فى اليمين كراهته فى المضاف إليه وإلا لعرفه باسم العلم ، ثم أعقبه بالإضافة أن عرض اشتراك مثل لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض فى اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك ، فاما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى فى المضاف إليه ، وإن احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال ، وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل بأن كان موجودا وقت اليمين ودامت فالإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث ، وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغى أن يحنث فى قول أبى حنيفة ، ولو ارتفعت النسبة الثابتة التى عنها صححت الإضافة بأن باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لايحنث ، وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لايحنث لما قلنا إن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده ، وهذا الأصل على قول أبى حنيفة . وأما عند محمد فاليمين منعقدة فى المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا ، وفى إضافة النسبة على القائمة وقت اليمين ، فتفرع على هذا أنه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ، ولو كلم المتروكة حنث ، وهذا مانقله المصنف عنه من الزيادات . ووجهه ما جوزناه فى أصل أبى حنيفة من أنهما

وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لاتنعقد اليمين لأنها وقعت على الحياة القائمة . قال (ومن حلف لا يكلم عبد فلان) إذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب إضافى ، فإما أن يكون مع الإضافة إشارة أو لا ، وكل منهما إما أن تكون الإضافة إليه إضافة ملك أو إضافة نسبة ، فإن لم تكن مع الإضافة إشارة كما إذا حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه فى إضافة الملك بالاتفاق ،

(قال المصنف : لأنه عقد يمينه على فعل واقع) أقول : المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل .

والصديق ..قال فى الزيادات : لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما فى الإشارة . ووجه ماذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه. فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك (وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن

يقصدان بالهجر لا نفسها لا لغيرهما ، فكانت الإضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أى الهجر بعينه كما فى الإشارة ، فإنه إذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما إضافته إضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور فى الجامع . لأبى حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف إليه بما ذكرنا من الوجه ، وأقل ما فى الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف إليه ، وعلى الأول يحنث وعلى الثانى لا فلا يحنث بالشك ، فظهر بما ذكرنا أن ماذكره فى النهاية وغيرها من قوله الأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل فى محل منسوب إلى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ، ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد وقت الفعل . وإن كان منسوبا إلى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل . ثم وجه الفرق بأن فى إضافة الملك الحامل على اليمين معنى فى المالك ، لأن هذه الأشياء لاتعادى لعينها ، وفى إضافة النسبة معنى فيهم لأن الأذى يتصور منهم . واستشكل بأن العبد يتصور منه الأذى . أجيب بأن ابن سماعة ذكر فى نوادره أنه يحنث عند أبى حنيفة لهذا . ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الأحرار فإنه يباع فى الأسواق كالحمار ، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه ، ولا يخفى أنه أعنى هذا الأصل لايصح إلا لمحمد فقط . فإطلاق جعله أصلا لهذه المسائل ليس بصحيح لأن الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه ، أو أنه الأصل لصاحب المذهب . هذا ، وروى أن هشاما أخبر أن محمدا رجع إلى قول أبى حنيفة ، وقال : لايحنث هذا إذا لم يعينه فلم يذكر الإشارة ، فأما إن عينه فذكر الإشارة بأن قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث فى المملوك من العبد والدار وحنث فى غيره من المرأة والصديق عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد وزفر يحنث فى الكل وهو قول الشافعى ومالك وأحمد ، لأن الإضافة فى الكل للتعريف كما قدمنا ، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة ، بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الأخرى

وكذا فى إضافة النسبة عند أبى حنيفة . وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف ، فعلى هذا إذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق ، وكذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده ، وعند محمد يحنث كذا قاله فى الزيادات . وجه قول محمد أن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لأجل المضاف إليه ، وما كان للتعريف لايشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه ، أى بعين كل واحد منهما . كما فى الإشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ماذكر ههنا) يعنى عدم الحنث وهو قول أبى حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فإنه ذكر قول محمد فى الزيادات وقول أبى حنيفة فى الجامع الصغير ، ولم يذكر لأبى يوسف قول . وقال فخر الإسلام : يحتمل أن يكون قول أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه : أى كل واحد من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه ، ويحتمل

(قوله وجه ماذكر ههنا) أقول : وجه ماذكر مبتدأ خبره يجىء بعد أسطر وهو أنه يحتمل الخ .

قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يحنث فى العبد أيضا) وهو قول زفر (وإن حلف لايدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة ، بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه لأن هذه الأعيان لاتهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها . فتتقيد اليمين بحال قيام الملك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعى المعنى فى المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين ، بخلاف ماتقدم

وإذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الإضافة كما قبله ، وهما يقولان إن هجران المضاف إذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتتقيد ببقاء النسبة مع الإشارة وعدمها ، بخلاف غير المملوك فإنه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الإشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الإشارة ترجح كون هجره لمعنى فى نفسه ، فلا يتقيد الحنث بدوام الإضافة لأن كون الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه فى غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أى لأنه لم يتعين ، بخلاف ماتقدم وهو إضافة الملك لأن الداعى كما يجوز كونه معنى فى المضاف إليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لأن يعادى لنفسه ، وقوله لغت الإضافة ممنوع ، وإنما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن الواقع أن لها فائدة وهى إفادة أن الهجران منوط بنسبته إلى المضاف إليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدته . وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بأن العبد وإن كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لأجل سيده لم يحتج إلى الإشارة . فلما أشار

أن لايكون فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك ، وإن كان مع الإضافة إشارة بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان هذه أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد ، وحنث فى المرأة والصديق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يحنث فى العبد أيضا وهو قول زفر . وجه قولهما أن الإضافة للتعريف . وتقريره : الإضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ماهو أبلغ منه فيه ، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة . وصار كالصديق والمرأة . ووجه قولهما أن الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه ، وتقريره : لانسلم أن الإضافة للتعريف بل لبيان أن الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه لأن هذه الأعيان : أى الدار والدابة والثوب لاتهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعى إذ ذاك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف ، والداعى لمعنى فى المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعين : أى لعدم تعين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك . وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا ، بخلاف ما تقدم ، يعنى إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك . واعترض بأن الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء فى الحديث . وأجيب بأن ذلك احتمال

(قوله لأن هذه الأعيان : أى الدابة والثوب الخ) أقول : فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق ، فتعميم الإشارة لهما أيضا لابد له من توجيه .

قال (وإن حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لأن هذه الإضافة لاتحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لايعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه (ومن حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لأن الحكم تعلق بالمشار إليه إذ الصفة فى الحاضر لغو ، وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على مامر من قبل .

إليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران ، قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما فى المرأة والصديق انتهى . وما ذكر من أن لكل فائدة ؛ ففائدة الإشارة التعريف ، وفائدة الإضافة بيان مناط الهجر . قد يدفع بأن الإضافة تستقل بالفائدتين ، فإنها أيضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر . وجوابه أن الإشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضا ، وهذا لايحصل بالإضافة وحدها ، فإنه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له ، وفى قوله عبد فلان هذا لايحنث بكلام عبد آخر لفلان وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده ، لكن الحنث فى الأيمان لايثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه ، ولو حلف لتعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث إذا لم يعط غيره من الفقراء ، وهذا الخلاف إذا لم تكن له نية ، أما لو نوى أن لايدخلها مادامت لفلان أو لايدخلها وإن زالت الإضافة فعلى ما نوى لأنه شدد على نفسه فى الثانى ونوى محتمل كلامه فى الأول . وروى شذوذا عن أبى يوسف فى دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الإضافة وليس بشىء وعنه أيضا لايحنث بالدار المتجدد ملكها لأن الملك لايستحدث فيها عادة فإنها آخر مايباع وأول مايشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة فى ملكه وقت الحلف . أجيب بأن العرف مشترك ؛ فإن الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا . وعنه أيضا أن اليمين تتقيد فى الكل بالقائم فى ملكه وقت الحلف . رواه بشر عنه قال : إذا قال دار فلان لايتناول مايستحدث ملكه ، بخلاف قوله دارا لفلان لأن قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الإضافة وإلا كان مجملا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه . وفى قوله دارا لفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا لليمين بما يكون مضافا إلى فلان وقت السكنى ، ثم فى الحلف لايسكن دارا لفلان لايحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وإن قل نصيب غيره . وفى بعض الشروح : لا أتزوج بنت فلان لايحنث بالبنت التى تولد بعد اليمين بالإجماع ، وهو مشكل فإنها إضافة نسبة فينبغى أن تنعقد على الموجودة حال التزوج ، فلا جرم أن فى التفاريق عن أبى يوسف إن تزوجت بنت فلان أو أمته أنه على الموجود والحادث (قوله وإن حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالإجماع (لأن هذه الإضافة لاتحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لايعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما لو أشار إليه) أى إلى صاحب الطيلسان بأن قال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف (قوله ومن حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لأن الحكم معلق بالمشار إليه إذ الصفة فى الحاضر لغو) ولا تتقيد بشبيبته . وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لايأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لايحنث مع أن الصفة

لم يقترن به حرف فلايكون معتبرا . وقوله (وإنه حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان) ظاهر . وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين) جواب عما يقال لوكانت الصفة فى الحاضر لغوا لحنث إذا حلف لايأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا . وتقريره : الصفة فى الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين ، وهذه كذلك على مامر من قبل : يعنى فى أول باب اليمين فى الأكل والشرب ، بخلاف الرطب فإن صفتها داعية إلى اليمين .

(فصل)

قال (ومن حلف لايكلم حينا أو زمانا أو الحين أوالزمان فهو على ستة أشهر) لأن الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة . قال الله تعالى - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - وقد يراد به ستة أشهر، قال الله تعالى - تؤتى أكلها كل حين - وهذا هو الوسط فينصرف إليه. وهذا لأن اليسير لايقصد بالمنع لوجود

فى الحاضر لغو . فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ : يعنى أن الصفة تعتبر فى الحاضر إذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس إلى الحلف على تركه فتقيد به ، بخلاف الشبيبة هنا فإنها ليست بداعية على ماتقدم . وفى الوجيز لبرهان الدين محمود البخارى : حلف لايكلم صبيا أو غلاما أو شابا أو كهلا فالكلام فى معرفة هؤلاء فى ثلاثة مواضع : فى اللغة والشرع والعرف . أما اللغة قالوا الصبى يسمى غلاما إلى تسع عشرة ، ومن تسع عشرة شاب إلى أربع وثلاثين ، ومن أربع وثلاثين كهلا إلى إحدى وخمسين ، ومن إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره . وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ حد البلوغ معلوم ، فإذا بلغ صار شابا وفتى . وعن أبى يوسف أن من ثلاث وثلاثين الكهولة ، فإذا بلغ خمسين فهو شيخ . قال القدورى : قال أبو يوسف : الشاب من خمس عشرة إلى خمسين سنة إلا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك ، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره ، والشيخ فيما زاد على الخمسين . وكان يقول قبل هذا: الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة وأكثر ،والشيخ من أربعين إلى مائة .وهنا روايات أخرى وانتشار ، والمعوّل عليه ما به الإفتاء .

(فصل فى يمين من حلف لايكلم حينا أو زمانا)

لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل (قوله ومن حلف لايكلمه حينا أو زمانا أو الحين أوالزمان فهو على ستة أشهر فى النفى) كلا أكلمه الحين أو حينا (والإثبات) نحو لأصومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا ،

(فصــل)

لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سماه فصلا (ومن حلف لايكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان ولا نية على شىء من الوقت فهو على ستة أشهر لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى - فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون - والمراد به وقت الصلاة، وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - قال المفسرون : المراد به أربعون سنة ، وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى - تؤتى أكلها كل حين - أى كل ستة أشهر ، فمن وقت الطلع إلى وقت الرطب ستة أشهر ، ومن وقت الرطب إلى وقت الطلع ستة أشهر ، ومعناه أنه ينتفع بها فى كل وقت لاينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فينصرف إليه) إذا لم تكن له نية . وقوله (وهذا) أى الانصراف إلى ستة أشهر (لأن القصير لايقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى اليمين فى الامتناع عن الكلام فى ساعة واحدة لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين ، والمديد لايقصد غالبا لأنه بمنزلة الأبد لأن من أراد ذلك يقول أبدا فى العرف ، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ، ولو سكت تأبد اليمين

(فصــل)

الامتناع فيه عادة ، والمؤبد لايقصد غالبا لأنه بمنزلة الأبد . ولوسكت عنه يتأبد فيتعين ماذكرنا . وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين ، يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئا فهو على مانوى لأنه نوى حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما . وقال أبوحنيفة : الدهر لا أدرى ماهو) وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح ، أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفا . لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان . يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى . وأبو حنيفة توقف فى تقديره لأن اللغات لاتدرك قياسا والعرف لم يعرّف استمراره لاختلاف فى الاستعمال

كل هذا إذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان ، فإن نوى مقدارا صدق لأنه نوى حقيقة كلامه لأن كلا من الحين كلا والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل ذلك ، فى القليل قول نابغة ذبيان :

فبت كأنى ساورتنى ضئيلة ... من الرقش فى أنيابها السم ناقع

تبادرها الراقون من سوء سمها ... تطلقه حينا وحينا تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد ، وأما فى الكثير فالمفسرون فى ـ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ـ أنه أربعون سنة . وأما فى المتوسط فقوله تعالى ـ تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها ـ وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضى الله عنه ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يصير رطبا ستة أشهر ، ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ، ولأن اليسير لايقصد بالحلف وإلا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين . والمديد وهو أربعون سنة لايقصد بالحلف عادة لأنه فى معنى الأبد ، فريده خارج عن العادة إذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيدا بها ، ولو سكت عن الحين ومامعه تأبد ، فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ماينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الأبد ولا الأربعين فيحكم بالوسط فى الاستعمال وهو ماذكرنا ، والشافعى يصرفه إلى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد وإلا ترك ذكره ويحصل بلا حلف . والزمان يستعمل استعمال الحين ، يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين ، وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولأربعين سنة ولأقل ماينطلق عليه ، بل إنه ثبت استعماله فى المديد والقصير والمتوسط ، وهو أخو الحين فى الوضع والاستعمال فى ذلك وإن يكن مثله فى خصوص المدة فيصرف إلى ماسمع متوسطا . ثم قيل : هذا إن تم فى زمان المنكر لم يتم فى المعرف ، بل الظاهر فيه أنه للأبد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه ، فلو قال لا أكلمه الزمان إلا سنة صح ، وعهدية الستة أشهر إنما تثبت فى لفظ الحين وكون الزمان مثله إن أريد فى الوضع فسلم ولا يفيد ، لأن المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التى استعمل فيها وسطا ، وإن أريد فى الاستعمال فيحتاج إلى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين ، بخلاف لأصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أىّ ستة أشهر شاء وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبى يوسف ومحمد) يعنى المنكر ينصرف إلى ستة أشهر إذا لم تكن له نية فى مقدار من الزمان ، فإن كان عمل به

فحيث ذكر لابد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره وإلا لايكون لذكره فائدة فتعين الأوسط . وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبى يوسف ومحمد) يعنى يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة : الدهر لا أدرى ماهو) وهذا الاختلاف فى المنكر . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه قال لافرق على قول أبى حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر . وإذا كان

. . . .

اتفاقا . وقال أبو حنيفة : الدهر لا أدرى ماهو . وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبى يوسف أنه قال : لافرق على قول أبى حنيفة بين قوله دهرا والدهر . والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف إلى الأبد ، وإنما توقفه فى المنكر لأن استعمالاته لم تثبت على الأنحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط ، فلم يدر بماذا يقدر ، وتقديره بالمتيقن وهو أقل ماينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ماتقدم ولم يثبت توقيت فى زائد عليه فلزم التوقف . وقيل لأنه جاء فى الحديث أن الدهر هو الله تعالى فى قوله صلى الله عليه وسلم « لاتسبوا الدهر فإن الدهر هو الله » فإذا قال لا أكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة ، والمعنى والله لا أكلمه والله ، فإنك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم ، ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الأبد . وقول الشاعر :

هل الدهر إلا ليـلة ونهارها   وإلا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وإن كانت فى الإثبات فهى للعموم بقرينة : أى كل طلوع وكل غروب الخ ، وعرف أنها تستعمل فى الإثبات للعموم بقرينة مثل ـ علمت نفس ما أحضرت ـ وهذا الوجه يوجب توقفه فى المعرّف أيضا لأن الذى يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر ، وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه ، رحمنا الله به ، وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم :

من قال لا أدرى لما لم يدره   فقد اقتدى فى الفقه بالنعمان
فى الدهر والخنثى كذاك جوابه   ومحـل أطفال ووقت ختان

والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ماقدمنا فى الجنائز .

الاختلاف فى المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه ؛ فإما أن يكون ستة أشهر كما قالا ، وإما أن يكون يقع على الأبد كما قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف يقع على الأبد بلاخلاف بينهم ، وهوالذى ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالألف واللام فيراد به الأبد عرفا . ووجه الجانبين فى المنكر ماذكره فى الكتاب وهو واضح . فإن قيل : ذكر فى الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه ، وكان أبو حنيفة أيضا قائلا فى دهور منكرة بثلاثة منها ، فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما ، والحكم فى الجمع موقوف على معرفة الإفراد فكيف حكم فى الجمع وتوقف فى المفرد ؟ أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعى معرفة الدهر فكأنه قال : من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول فى الجمع المنكر منه بثلاثة كما فى الأزمنة والشهور كما فعل مثل ذلك فى المزارعة . وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الأبد بخلاف الحين والزمان ، ويقال دهرى لمن قال الدهر وأنكر الصانع . وحكى الله تعالى عنهم بقوله ـ وما يهلكنا إلا الدهر ـ قال صلى الله عليه وسلم « لاتسبوا بالدهر فإن الدهر هو الله » فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الإطلاق ، والتوقف فى مثل ذلك لايكون إلا من كمال العلم والورع .

(قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف الخ) أقول : فى الدهر المعرف منهما روايتان فلا غبار فى كلام الشرح (قوله ويقال دهرى ، إلى قوله : عند الإطلاق) أقول : فيه تأمل .

(ولو حلف لايكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لأنه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولوحلف لايكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبى حنيفة . وقالا : على أيام الاسبوع . ولو حلف لايكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده . وعندهما على اثنى عشر شهرا لأن اللام للمعهود وهو ما ذكرنا . لأنه يدور عليها . وله أنه جمع معرف فينصرف إلى أقصى مايذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة

[فرع] إذا قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد . واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا ، فمرة قال فى لله على صوم عمر يقع على يوم واحد ، ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوى أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره فى الجامع الكبير ، وذكر فيه أنه بالاتفاق ، فإنه قال وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه ، وذكر فى كتاب الأيمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف . قال الإسبيجابى : والمذكور فى الجامع أصح . ووجهه المصنف بقوله لأنه اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه ، لكن لامعين للزائد فلزم المتيقن ، كما لو حلف لايشترى عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة . وأورد أن حكاية الاتفاق فى المثل المذكورة توجب عدم توقف أبى حنيفة فى معنى الدهر لأن من لايدرى معنى المفرد لايدرى معنى الجمع ، وهذا ليس بشىء إذ قوله الدهور لثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو ، نعم يلزم لكل عاقل نفى أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع . ومن فروع المنكر حلف لايكلمه يوما إن حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع إلى الغروب ، وإن حلف بعده فهو على مامن وقت حلفه إلى مثله من اليوم الثانى ويدخل الليل فإن كلمه ليلا حنث ، ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ، ولو حلف لايكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله ، والجواب فى الليل مثله فى اليوم (قوله ولوحلف لايكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبى حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والأزمنة للتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك

وقوله (ولو حلف لايكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير ، وذكر فيه أنه بالاتفاق ، وذكر فى كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده كما فى المعرف . قال الإمام الإسبيجابى فى شرح الطحاوى: والمذكور فى الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالتنكير ، ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة . ولو حلف لايكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبى حنيفة ، وقال : على أيام الاسبوع . والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ماينطلق عليه اسم الجمع عند أبى حنيفة وهو العشرة ، لأن الناس يقولون فى العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم ، فلما كانت العشرة أقصى ماينتهى إليه لفظ الجمع كانت هى المرادة ، بخلاف ما إذا حلف لايتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهى إليه اسم النساء . وعندهما ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه وإلا ينصرف إلى جميع العمر ، وفى الأيام المعهود فى عرف الناس أيام الاسبوع فكانت مرادة ، وفى الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهى اثنا عشر شهرا ، ولا معهود فى الجمع والسنين فينصرف يمينه إلى جميع العمر . وقوله (لأنه يدور عليها) قيل أى لأن الشهور تدور على اثنى عشر ،

(قوله ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول : أى من العدد (قوله قيل : أى لأن الشهور الخ) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى .

. . . .

المعدودات ، فنى غير الأزمنة ظاهر ، وفى الأزمنة يلزمه خمس سنين لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية . وقالا : فى الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع . وفى الشهور إلى اثنى عشر شهرا ، وفى الجمع والسنين والدهور والأزمنة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد . وجه قولهما أن اللام للعهد إذا أمكن ، وإذا لم يمكن صرفت إلى الاستغراق والعهد ثابت فى الأيام السبعة فانصرفت الأيام إليها ، وفى الشهور شهور السنة فينصرف التعريف إليها ، ولا عهد فى خصوص فيما سواهما فينصرف إلى استغراق الجمع والسنين والدهور والأزمنة وذلك هو جميع العمر أو هى للعهد فيها أيضا ، فإن المعهود بعد ما ذكرنا ليس إلا العمر وهو قول المصنف لأنه لامعهود دونه : أى دون العمر ، وحاصله استغراق سنى العمر وجمعه . وله أنه جمع معرف باللام فينصرف إلى أقصى ماعهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة ، وعهديته كذلك فيما إذا وقع مميز العدد قبله فإنه يقال ثلاثة أيام فيكون لفظ أيام مرادا بها الثلاثة بيقين ، وكذا أربعة أيام وخمسة أيام إلى عشرة ، فكانت العشرة منتهى ماقطع بإرادته بلفظ الجمع فيما لايحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع ، بخلاف قوله تعالى ـ وقطعناهم اثنتى عشرة أسباطا أمما ـ و ـ إن عدة الشهور عند الله اثنا عشرة شهرا ـ فإن الجمع هنا وإن أريد به يقينا مايزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مرادا مرة لايصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر بلامعين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس إلا العشرة فما دونها ، والعشرة منتهى ماعهد شائعا إرادته به قطعا فيجب الحمل عليه ، وبخلاف ما إذا لم يقع مميزا لعدد نحو ـ وتلك الأيام نداولها بين الناس ـ حيث أريد به جميع الأيام فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ، ولاينكر أن يراد باللام ذلك ، لكن المقرر أنه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق ، والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة . والفرض أن الحالف لم يرد شيئا بعينه فالواجب أن يصرف إلى المعهود المستمر ، وإنما اعتبر أقصى المعهود وإن كان مادونه معهودا أيضا لأنه كما عهد استعماله مميزا فى العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام ، ولما كان الاستغراق الذى حكم به عند عدم العهد إنما ثبت لأن مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف إلى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضا كذلك لما انصرف إلى المعهود ، والمعهود كل مرتبة من المراتب التى أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود ، وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله : وهذا أى كون أقصى مايراد به العشرة إنما يكون عند ذكر العدد . وإذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب ، وذكر شاهد ذلك قوله تعالى ـ وتلك الأيام نداولها ـ و ـ إن عدة الشهور ـ قال : وليس فى قول الحالف لا أكلمه الشهور اسم العدد ، فلايصح أن يقال إنه أقصى مايذكر بلفظ الجمع وكذلك الأيام ، وإنما قلنا : إنه اندفع لأنك علمت أن القصد تعيين ماعهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم إرادة شيء بعينه ، فكون لفظ أريد به غير ماعهد مستمرا كثيرا لايوجب نفى عهديته فى غيره ، وأما مشاحته الخبازى حيث قال الخبازى اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة حالتى الإطلاق واقترانه بالعدد . ولما زاد على العشرة عند الإطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء فى جميع الأحوال كان أثبت مما هو اسم له فى حال دون حال فليست بشيء فإنه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال إنه للعشرة وما

وكان القياس أن يقول : لأنها تدور عليه ، ولكن أوّل بالمذكور فى الأوّل وبالإفراد فى الثانى .

(وكذا الجواب عنده فى الجمع والسنين) وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لامعهود دونه (ومن قال لعبده إن خدمتنى أياما كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبى حنيفة رحمه الله عشرة أيام) لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام ، وقالا : سبعة أيام لأن مازاد عليها تكرار . وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع .

دونها حقيقة فى حالين ولما فوقها فى حالة واحدة ، وإنما قالوا هذا فى بعض أسماء الجموع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما فى رهط وذود ونفر إلى آخر ماذكره ولم يعلم أن الإضافة فى قول الخبازى اسم الجمع بيانية ، والمعنى الاسم الذى هو الجمع ، ومثل هذا فى عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر فى العلم ، فحاصل كلام الخبازى أن الجمع فى العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لأن الأول يراد به فى حالتين والثانى فى حالة ، يعنى فكان الحمل على ماعهد له فى الحالتين عند عدم المعين لازما ، وحقيقة ماذكرناه فى مبدإ التقرير شرح له ، والله الموفق . نعم لقائل أن يرجح قولهما فى الأيام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لأن عهدية العشرة إنما هو للجمع مطلقا من غير نظر إلى مادة خاصة : يعنى الجمع مطلقا عهد للعشرة ، فإذا عرض فى خصوص مادة من الجمع كالأيام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى ، وقد عهد فى الأيام السبعة وفى الشهور الاثنى عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين إليهما أولى، بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والأزمنة ، فإنه لم يعهد فى مادتيهما عدد آخر فيصرف إلى ما استقر للجمع مطلقا من إرادة العشرة فما دونها . فإن قيل : هذه مغالطة فإن السبعة المعهودة نفس الأزمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الأحد إلى آخره ، والكلام فى لفظ أيام إذا أطلق على عهد منه تلك الأزمنة الخاصة للسبعة لاشك فى عدم ثبوته فى الاستعمال إذ لم يثبت كثرة إطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والأحد إلى الجمعة والمحرم وصفر إلى آخرها على الخصوص ، بل الأزمنة الخاصة المسميات متكرّرة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين : فالجواب منع توقف انصراف اللام إلى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك ، بل لافرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فإنه إذا صار المعنى معهودا بأىّ طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف إليه . وقد قسم المحققون العهد إلى ذكرىّ وعلمى ومثل للثانى بقوله تعالى ـ إذ هما فى الغار ـ فإن ذات الغار هى المعهودة لامن لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه ، وعلى هذا فيجب جعل ماسماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجى أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا . ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة ، فإن العادة ليست إلا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذى يعمها وغيرها فيقيد بها لعهديتها عملا لا لفظا ولاقوة إلا بالله (قوله ومن قال لعبده إن خدمتنى أياما كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبى حنيفة عشرة أيام لأنه أكثر ما تناوله اسم الأيام) على اليقين على ماتقدم (وقالا : سبعة أيام لأن مازاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم فى قضاء الفوائت أن الكثرة بالدخول

وقوله (ومن قال لعبده) ظاهر . وقوله (وقيل لو كانت اليمين بالفارسية) يعنى مثل أن يقول اكرخدمت كنى مرا روزهاى بسيار توازاذى إذا خدم سبعة أيام ينبغى أن يعتق لأن فى لساننا يستعمل فى جميع الأعداد لفظة روز فلا يجىء ما قال أبو حنيفة فى العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى عشرة ، فلذلك أريد فى العربية أكثر ما ينطلق

ة ، ، ة ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ، ة ، ، ة

فى حد التكرار ، ومقتضاه إن نظر إلى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لايحنث إلا بثمانية أيام ، وإنما لم ينظر إلى الكثرة من جهة العرف لأن العرف مختلف ، فربما يقال فى السبعة كثيرة وربما يقال قليلة ، وكذا العشرة والعشرون فإنه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط . وصورة المسئلة أن لانية للقائل فى مقدار الكثير ، ففرّع كلّ على أصله . ثم قال أبو اليسر : أما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف إلى أيام الجمعة بالاتفاق ، حتى لو قال لعبده اكر خدمت كنى مراروزهاى بسياز توازاوى إذا خدم سبعة أيام يعتق لأن فى لساننا تستعمل مع جميع الأعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الأيام إلى العشرة ، وهذا حسن والله أعلم .

[فروع] قال أول يوم من هذا الشهر فهو على السادس عشر منه ، وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه ، وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق . ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو إذا أهلّ الهلال ولا نية له فله الليلة التى يهلّ فيها ويومها ، وإن نوى الساعة التى أهلّ فيها صحت نيته لأنه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه. ولوقال أوّل الشهر ولا نية له فله من اليوم الأول إلى خامس عشره ، وإن قال آخر الشهر فمن سادس عشره إلى آخره ، أو غرّة الشهر فالليلة الأولى واليوم الأول فى العرف ، وإن كان فى اللغة للأيام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون ، وإن قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله ، وعند طلوع الشمس له من حين تبدو إلى أن تبيض ، وإن قال وقت الضحوة فمن حين تبيض إلى أن تزول ، ففى أىّ وقت فيما بين ذلك فعل برّ ، وإن قال المساء فقد تقدم أن المساء مساءان ، ولو قال فى الشتاء ونحوه فعن محمد إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم ، وإن لم يكن فالشتاء مايشتد فيه البرد على الدوام ، والصيف مايشتد فيه الحر على الدوام ؛ فعلى هذا القياس : الخريف ماينكسر فيه الحر على الدوام ، والربيع ماينكسر فيه البرد على الدوام . وقال أبو الليث : قال محمد : ليس عندنا شيء فى معرفة الصيف ، إنما يرجع فيه إلى قول الناس ، فإذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف فى هذه المسائل . وفى الواقعات والمختار أنه إذا كان الحالف فى بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمرا ينصرف إليه ، وإلا فأول الشتاء مايلبس الناس فيه الحشو والفرو ، وآخره مايستغنى الناس فيه عنهما ، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف ، والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف ، والخريف من آخر الصيف إلى أوّل الشتاء ، لأن معرفة هذا أيسر للناس . وقيل إذا كان على الأشجار أوراق وثمار فهو صيف ، وإذا بقى الأوراق دون

عليه اسم الأيام ، لأن بعد ذلك لايقال أيام بل يقال إحدى عشر يوما ومائة يوم وألف يوم . وقيل فى تعليل المصنف نظر لأن لفظ الفرد بالفارسية إما أن يفهم منه معنى الجمع أو لا ؛ فإن فهم ينبغى أن يكون العربى والفارسى سواء ، وإن لم يفهم ينبغى أن لايكون الأسبوع مرادا أيضا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع . وقوله : ينبغى أن يكون العربى والفارسى سواء ، قلنا : ممنوع لأن لفظ الفارسى وإن أفاد معنى الجمع لكن لاينتهى إلى العشرة وتخصيص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل .

(قوله وقيل : فى تعليل المصنف نظر الخ) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى أيضا .

(باب اليمين فى العتق و الطلاق)

(ومن قال لامرأته إذا و لدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولدا فأنت حرة) لأن الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف ، ويعتبر ولدا فى الشرع حتى

الثمار فخريف ، وإذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء ، وإذا خرجت الأوراق دون الثمار فالربيع وهو إذا خرجت الأزهار . ولو قال إلى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذى يقال له بالفارسية أذار ، فإن لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذى يحتاج فيه إلى كنسه ولا يعتبر مايطير فى الهواء ومالايستبين على وجه الأرض . ولو وقع الثلج فى بلد غير بلد الحالف لايعتبر بل المعتبر وقوعه فى بلدته حتى لو كان الحالف فى بلدة لايقع بها ثلج تأبدت اليمين . ولو قال إلى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين . ولو ذكر ليلة القدر فإن كان لايعرف اختلاف العلماء فيها ، فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وإن كان لايعرف لاينصرف إليها ، والخلاف فيه معروف بين علمائنا ، فإن كان حلف فى أثناء الشهر لايحنث عندهما حتى يجىء مثله من رمضان القابل ، وعند أبى حنيفة حتى يمضى كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها فى رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر ، وعندهما فى ليلة بعينها لاتتقدم ولا تتأخر لكن لاتعرف .

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ماتقدم قدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت) وكذا إذا علق به عتق أمة لأن بولادة الميت يتحقق الشرط لأن الميت ولد حقيقة وهو ظاهر . وشرعا حتى تنقضى به العدة وتصير به نفساء إذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الأمة أم ولد . وفى الحديث من رواية أبى عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السقط « يظل محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة » يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ : أى ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب ، وبلا همز هو المتغضب المستبطئ للشىء والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ، ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد ، وكذلك هو فى الحكم ، فلو أسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضا لأنه ولد حتى

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

قدم هذا الباب على غيره لأن الحلف بهما أكثر وقوعا فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، ولو قال ذلك لأمته وعلق به الحرية عتقت) لأن الشرط ولادة الولد وقد تحققت لأن الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما ؛ أما حقيقة فظاهر ، وكذلك عرفا لأنه يسمى فى العرف ولدا ، وأما شرعا فلأن الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد ، وإذا تحقق الشرط

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

تنقضى به العدة . والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشراط وهو ولادة الولد (ولوقال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحيّ وحده عند أبى حنيفة . وقالا : لايعتق واحد منهما) لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على مابينا فتنحل اليمين لا إلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء . ولأبى حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية جزاء وهى قوّة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير ولا تثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحياة فصاركما إذا قال إذا ولدت ولدا حيا . بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم

صارت الأمة به أم ولد ، ولو لم يستبن شىء من خلقه لايعتبر . وتقدم حكمه فى الحيض (قوله ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة ، وقال : لايعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا لكنه ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولاينزل الجزاء . كما لوقال إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث ، حتى لو وجعت فدخلت لايقع . ولأبى حنيفة أن الشرط ليس إلا الولد الحيّ هنا ، بخلاف ماقبله ، وهذا لأنه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد ، وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لايكون إلا فى الحيّ فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة وإلا لغى الكلام ، فكأنه قال إذا ولدت ولدا حيا ، بخلاف جزاء الطلاق للأم وحريتها لأنه لايصلح مقيدا للولد بالحى لأن الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به . وأورد عليه ما لو قيل إن اشتريت عبدا فهو حرّ فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لايعتق الثانى لانحلال اليمين بالأول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه. أجيب بأن المشترى لغيره محل للإعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على إجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج إلى إضمار الملك فيه . أما الميت فلا يصح إيجاب العتق فيه لاموقوفا ولا غيره ، وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله إن دخلت فأنت طالق فإن الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ، ومع هذا لو أبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله إن دخلت الدار فى عصمتى ونحوه لأنها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى ؛ لأنه لو قال إن تزوّجتك فأنت طالق صحّ وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق . وفى الإيضاح لو قال أول عبد دخل علىّ فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حيّ يعتق الحيّ ولم يذكر الخلاف . والصحيح

ثبت الحكم (ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحيّ وحده عند أبى حنيفة ، وقالا : لايعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على مابينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لكن لاإلى جزاء كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا إلى جزاء . وقوله (ولأبى حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعنى أن الولد وإن كان مطلقا فىاللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لأنه قصد إثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال إذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد ، بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه أى الجزاء لايصلح مقيدا لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط إلا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا . واستشكل بما لو قال إذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره انحلت يمينه ، حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطا لحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشترى لعدم ملكه . وأجيب بأن الإضمار إنما يكون لتصحيح الكلام ، والحاجة إلى إضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة إلى إضمار الحياة لأن الحرية بدون الحياة لاتتصور أصلا ، وفى ملك الغير تتصور موقوفة على الإجازة فلا يلزم من وجوب إضمار

لأنه لا يصلح مقيدا (وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبدا عتق) لأن الأول اسم لفرد سابق (فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد فى الأولين والسبق فى الثالث فانعدمت الأولية (وإن قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث) لأنه يراد به التفرد فى حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق فى هذا الوصف (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لأن الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال ، وقالا : يعتق يوم مات)

أنه على الاتفاق لأن العبودية لاتبقى بعد الموت . ولو قال أول عبد أملكه فهو حرّ فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام . بخلاف ما لو قال أوّل كرّ أملكه فهو هدى فملك كرّا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لأن النصف يزاحم كل نصف من الكرّ لأنه مع كل نصف منه كُرّ بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ، ذكره التمرتاشى والمرغينانى (قوله وإذا قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق ، فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد فى الأولين والسبق فى الثالث فانعدمت الأولية فيه ، ولو كان قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث لأنه يراد به التفرد به فى حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء فى حال تفرد المشترى وهو صادق فى الثالث فيعتق ، بخلاف مالو قال أوّل عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لأن واحدا يحتمل التفرد فى الذات فيكون حالا مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك فى ذاته فلا يعتق لأن كلا من الأولين كذلك فإنه أول بهذا المعنى فإنه فى ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ، ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ، ويحتمل كونه بمعنى الانفراد فى تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لأنه المنفرد فى تعلق الفعل ، بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك . وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك : أى حال كونى منفردا فلا يعتق بالشك ، إليه أشار شمس الأئمة وقاضيخان (قوله وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا

الحياة إضمار الملك (ولو قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) على ما ذكر فى الكتاب ظاهر ، وكذا قوله أوّل عبد أشتريه وحده وهى من مسائل الجامع الكبير . واستشكل بما لو قال أوّل عبد أملكه واحدا فهو حرّ فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة ، وفرق بينهما بأن واحدا يقتضى نفى المشاركة فى الذات ، ووحده يقتضيه فى الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدّق الرجل فى قوله فى الدار رجل واحد وإن كان معه فيها صبىّ أو امرأة وكذب فى ذلك إذا قال وحده . وإذا كان كذلك قلنا : إذا قال واحدا إنه أضاف العتق إلى أول عبد مطلق لأن قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه ، وإذا قال وحده فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد لا يشاركه غيره فى التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق . وقوله (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر) واضح . قوله (ويعتبر من جميع المال) يعنى إذا كان اشتراه فى الصحة

(قوله إذا قال واحدا الخ) أقول : ولأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك ، كذا قال الزيلعى أخذا من الكافى . ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت فى وحده لمكان الضمير المانع عن الحالية من المولى ، فإنه لو كان حالا منه لقيل وحدى كما لا يخفى (قوله لأن قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا) أقول : لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى ـ إنا أنزلناه قرآنا عربيا ـ والتفصيل فى شرح المفتاح للسيد .

حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لاتثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه . ولأبى حنيفة أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا ، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به ، وفائدته تظهر فى جريان الإرث وعدمه

العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق ، وهذه المسئلة مع التى تقدمت تحقق أن المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل ، وفى الأولية عدم تقدم غيره لاوجود آخر متأخر عنه ، وإلا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حرّ إذا لم يشتر بعده غيره ، ولو اشترى عبدا ثم عبدا فى قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره . واختلفوا فى وقت عتقه ، فقال أبو حنيفة : يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه فى الصحة وإلا عتق من الثلث ، وقالا : يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه فى الصحة أو المرض . وجه قولهما أن الآخرية لاتثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت فصار كأنه قال : إن لم أشتر بعدك آخر فأنت حرّ ، ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا إذا كان معناه ثابتا . ولأبى حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط ، وإنما الشرط اتصافه بالآخرية ، وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشترى بعده غيره ، فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخرا من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت ، كما لو قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لايحكم بطلاقها فى الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام ، فإذا امتدّ ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لايتحقق إلا بالموت صحيح ، لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمر آخر لايتحقق ظهوره إلا به فلا يقع عنده مقتصرا إلا لو كان هو نفس الشرط ، فإذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا ، وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهى طالق ثلاثا فتزوّج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده ، وفائدته : أى فائدة هذا الخلاف تظهر فى حرمان الإرث وعدمه ؛ فعندهما ترث لأنه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها فى آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها ، وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت ، وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد ، وعند أبى يوسف عدة الطلاق لاغير ، ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة

وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعنى على كل حال لأن شرط العتق آخرية العبد المشترى وهى لاتثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه . ولأبى حنيفة أن الموت معرف . وتقريره أنه لما اشترى الثانى بعد الأول تثبت صفة الآخرية فيه ، لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلايحكم بعتقه مالم يتيقن ، فإذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت ، كما لو قال لأمته إذا حضت فأنت حرّة فرأت الدم لاتعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام ، فإذا استمرّ بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لأنه تبين أن مارأته كان حيضا حين رأت الدم ، إلى هذا أشار الإمام السرخسى ، ذكره فى النهاية ، وفيه تسامح لأن ماذكر فى الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ، ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين فى ذلك سواء . وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أى بوصف الآخرية كما إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهى طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث . وعند أبى حنيفة يقع مستندا إلى وقت التزوّج فلا تستحقه ، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن

(ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهوحرّ فبشرَه ثلاثة متفرقين عتق الأول) لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه سارا بالعرف، وهذا إنما يتحقق من الأول (وإن بشروه معا عتقوا) لأنها تحققت من الكل

الوفاة ، وعنده لاترث لأنها طلقت ثلاثا وقت تزوّجها ؛ حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدّة الطلاق ، وهذا بخلاف قوله إن لم أتزوّج عليك، فإنه إذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوّج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط ، وليس مثل الأول لأن مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط ،إذ مالم يتم آخر الشرط لايتحقق الشرط ، بخلاف الآخرية فإنها تم بذلك الشرط إلى آخر ما ذكرناه . ولو قال آخر امرأة أتزوّجها فهى طالق فتزوّجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوّجها ثم مات لم تطلق هى وتطلق التى تزوّجها مرة ، لأن التى أعاد عليها التزوّج اتصفت بالأولية فلا تتصف بالآخرية ، كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق الذى ضربه ثانيا لاالمعاد عليه (قوله ولوقال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حرّ فبشره ثلاثة متفرّقين) أى متعاقبين عتق الأول منهم فقط لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ، ويشترط كونه سارّا فى العرف، وأما فى اللغة فهو مايغير البشرة ساراكان أوضارا . قال تعالى ـ فبشرهم بعذاب أليم ـ ولكن إذا وقع بما يكره قرن بذكر مابه الوعيد كما فى الآية المذكورة . فلو ادعى أنه فى اللغة أيضا خاص بالمحبوب ، وما ورد فى المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهى البشرة فإنها تفيد أن لذلك الخبر أثرا فى البشرة، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير بشرته فى المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب إلا أن على العرف بناء الأيمان، وإن بشروه معا عتقوا لأن البشارة تحققت من الكل، قال تعالى ـ وبشروه بغلام عليم ـ فنسبها إلى جماعة فحقيقتها تتحقق بالأولية من فرد أو أكثر ، وأصله ماروى أنه «صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال صلى الله عليه وسلم : من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد ، فابتدر إليه أبو بكر وعمر بالبشارة ، فسبق أبو بكر عمر . فكان ابن مسعود يقول : متى ذكر : بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر » ولو كان مكان البشارة إخبار بأن قال إن أخبرنى والباقى بحاله عتق الكل ، ثم إن عدى بالباء بأن قال إن

يكون بيان الطلاق البائن فإن به يكون الزوج فارا وترث المرأة عندهما . قال (ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشرّ إلا أنه فى العرف يستعمل فيما يسرّ وينفى الحزن ويتحقق من واحد فأكثر ؛ فإذا قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة (فبشره ثلاثة) فإن أخبروه معا عتقوا لأن البشارة حصلت منهم ، قال الله تعالى ـ وبشروه بغلام عليم ـ وإن أخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الأول لأن البشارة حصلت منه، ويعضده ماروى « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم مرّ بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال : من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد ، فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة ، فسبق أبو بكر عمر بها ، وكان ابن مسعود إذا ذكر ذلك يقول بشرنى أبوبكر وأخبرنى عمر » وإن قال إن اشتريت فلانا فهو حرّ فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه لأن الشرط : أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد، وإنما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لاعلته فلا يكون مفيدا ، حتى لوكانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة ،وإن اشترى أباه ينوى به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى ، وهو قول أبى حنيفة الأول . ووجه قولهم إن النية تشترط عند العلة والشراء

(ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حرّ فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين ، فأما الشراء فشرطه (وإن اشترى أباه ينوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعى . لهما أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهى القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة . ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه

أخبرنى بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها الإخبار بنفسه : يعنى بنفس القدوم لفظا وهو الواقع فى الكذب ، فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بإلصاق الإخبار بنفس الواقع ، بخلاف ما لو قال إن أخبرنى أن فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا . وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالأخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا . وأجيب بما ليس بمفيد، والوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حرّ فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة، وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهى اليمين ، وهذا تساهل ، فإن علة العتق هو قوله هو حرّ وهو جزء اليمين . فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليقى ، وإذا كان الشرط ذلك والفرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل بشرط الكفارة فلم يجز عنها ؛ وهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة، أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدى حرّ بلا نية ثم نوى عن كفارة لا يجزيه لأن النية شرط متقدم لا متأخر ، وإنما صحت فى الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده إذا اشتريته فهو حرّ عن كفارة يمينى فاشتراه عتق عنها ، وكذا لو قال هو حرّ يوم أشتريه يريد عن كفارتى . وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما ينعقد علة عند الشرط ، والشراء هو الشرط ، وقد قرنت النية بالعلة فينبغى أن يقع عنها لقران النية بالعلة. فالجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقا، فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ، ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وإن اشترى أباه ينويه عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى) ومالك وأحمد وهو قول أبى حنيفة أولا لأن العلة للعتق هى القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التى ظهر أثرها فى وجوب الصلة كالنفقة فهى المؤثرة فى العتق ، وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث ، وأما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه. ولنا أن شراء القريب إعتاق ، لما روى الستة إلا البخارى كلهم من حديث سهل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله عنه

شرط العتق لا علته ، وإنما العلة هى القرابة فلا تفيد النية عند الشراء (وهذا) أى كون الشراء شرطا لا علة لأن الشراء إثبات الملك وهو ظاهر ، والإعتاق ليس إثباتا للملك ، لأنه إزالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء إعتاقا . ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لم يشترط غيره . وقوله (وصار نظير قوله سقاه فأرواه)

(قال المصنف : ولو قال إن اشتريت فلانا الخ) أقول : وأنت خبير بأن الأنسب ذكر هذه المسائل فى باب الكفارة .

(ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح :

عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء ، وهذا للإجماع على أنه لايحتاج فى إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء ، ولا شك أن القرابة ظاهرة الأثر فيه شرعا ، وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فأرواه . والترتيب بالفاء يفيد العلية على ماعرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينافى وجه قول زفر وغيره ، وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنص مع أنه يشتمل على عين حكمته ، وذلك أن فى ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه إياه كالبهائم والأمتعة ولمصلحة الصلة ، وهذه عين حكمة القرابة التى بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما ، واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب إعتاق غير أن الشراء علة العلة ، أى علة جزء العلة . ولما كان الشراء الاختيارى هو الجزء الأخير من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم إليه ولزمت النية عنده ، فإذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح . بخلاف ما إذا ملك الأب وغيره بالإرث فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق على ماتقدم . بخلاف ما إذا وهب له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فإنه يصح لسبقها مختارا فى السبب ، وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لأن العتق لايثبت قبل تمام العلة . وأما المنافاة التى ذكرت فى قولهم الشراء يوجب الملك والإعتاق إزالته فهو بناء على ظاهر اللفظ فى قولنا شراء القريب إعتاق ، وقد علمت أنه إنما يوجب الملك فى القريب وملك القريب علة العتق فالإضافة إليه إضافة إلى علة بعيدة ، والمنافاة إنما تثبت لو كان إزالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات ، وكان الأليق بهذه المسئلة ومابعدها فصل الكفارة (قوله ولواشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وإن نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه ، قالوا : ومعنى المسئلة أن يكون تزوج أمة لغيره

جواب عما يقال عطف الإعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضى التراخى بزمان فى كلام العرب وإن لطف فلا يكون نفسه . ووجهه أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثانى ثابتا بالأول فى كلام العرب ؛ يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه : أى بذلك الفعل لابغيره . وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشترى القريب أو لا ؟ فإن أثبته لايزيله لأن المثبت بعينه لايكون مزيلا ، وإن لم يثبته لايعتق عليه لأنه لاعتق فيما لايملكه ابن آدم . لايقال : شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك فى قريب إعتاق لأن الإعتاق إزالة الملك وكون ثبوت الشيء إزالة له محال بالبديهة . ولا يقال : شراء القريب إعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لأنه أشد استحالة لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له . والجواب أن قولهم ثبوت الملك فى القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء ، وهذا لأن العتق لايقع إلا فى الملك ، فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ، ومن قال لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى فإنها تعتق لوجود الشرط ، ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها

(قوله ووجهه أن الفعل الخ) أقول : ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب الخ) أقول : والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك فى الزمان الأول ومزيل له فى ثانيه ، ولا منافاة كما فى الأعراض السيالة فى العلل العقلية ، ولعل مراد الشارح أيضا ماذكرنا لكن فى عبارته نوع قصور (قوله لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له) أقول : يعنى يلزم أن يكون الشراء الذى هو

إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف إلى اليمين من كل وجه ، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يمينى حيث يجزيه عنها إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال إن تسرّيت جارية فهى حرّة

فأولدها بالنكاح ثم يقول لها (إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وإنما صوّرت هكذا لأنه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد ، وإلا فالحاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة لايجزى معلقا ولا منجزا ، والفرق بين الشراء ين مع أن الشراء فى الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل إعتاقا من وجه ، قال صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » فهى قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا إعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه . والواجب بالحنث فى اليمين وغيره من الكفارات إعتاق من كل وجه ، بخلاف شراء القريب فإنه إعتاق من كل وجه لأنه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه (بخلاف مالو قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى حيث تجزيه إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية) فكمل الموجب (قوله ومن قال إن تسريت جارية فهى حرة) اعلم أن التسرى هنا تفعل من السرّية وهو اتخاذها ، والسرية إن كانت من السرور فإنها تسرّ بهذه الحالة ويسرّ هو بها أو من السر والسيادة فضم سينها على الأصل ، وإن كانت من السرّ بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فإنها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهرى بالضم فى النسبة إلى الدهر وفى النسبة إلى السهل من الأرض سهلى بالضم ، والفعل منه بحسب اعتبار مصدره ، فإن اعتبر التسرّى قيل تسرّى بإبدال الياء ألفا

مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه ، والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه . ولقائل أن يقول : القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب . والجواب أن الاستيلاد فعل اختيارى من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين : جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه ، بخلاف القرابة فإنها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة فى حريته سوى الشراء ، فإذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه . وقوله (بخلاف ما إذا قال لقنة) ظاهر . قال (ومن قال إن تسرّيت جارية فهى حرّة) معنى تسريت اتخذت سرية ، وهى فعلية منسوبة إلى السرّ وهو الجماع أو الإخفاء لأن الإنسان يسره ، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تتغير فى النسبة كما قالوا فى النسبة إلى الدهر دهرى بضم الدال للمعمر . والتسرى عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لابدّ من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لايكون تسريا عنده ، وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة ، وإنما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح

مثبت الملك مزيلا الملك (قوله والواجب باليمين) أقول : يعنى الكفارة (قوله ولقائل ، إلى قوله : كما أن أم الولد الخ) أقول : المناسب لغرضه هو العكس فى التشبيه كما لا يخفى (قوله إن تسريت) أقول : أصله تسررت قلبت إحدى الراءات ياء (قوله اتخذت سرية) أقول : السرية واحدة السرارى (قوله كما قالوا فى النسبة إلى الدهر دهرى بضم الدال) أقول : وكما قالوا : فى النسبة إلى الأرض السهلة سهلى بالضم (قوله والتسرى عبارة عن التحصين) أقول : والمنع عن الخروج .

فتسرّى جارية كانت فى ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك وهذا لأن الجارية منكرة فى هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد (وإن اشترى جارية فتسرّاها لم تعتق) خلافا لزفر فإنه يقول : التسرى لايصح إلا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك وصاركما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدى حرّ يصير التزوّج مذكورا .

لتحركها وانفتاح ما قبلها ، وإن اعتبر التسرر قيل تسرّر ، وكان القياس أن لايقال (١) ألا تسرّى فى المصدرين لأنه اتخاذ السرية ، لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بإبدال الياء راء ، وخصت لأنها هى الأصل ، ومنه ماذكره ابن الأثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت « لانجد فى كتاب الله تعالى إلا النكاح والاستسرار » والقياس الاستسراء بهمزة هى بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهمزة كساء ، ومعنى التسرى عند أبى حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدّها للجماع أفضى إليها بمائه أو عزل عنها . وعند أبى يوسف ونقل عن الشافعى رحمهما الله تعالى أن لايعزل ماءه مع ذلك ، فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ماذكرنا من التحصين والإعداد لايكون تسريا وإن لم يعزل عنها وإن علقت منه . لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو مايرجع إلى الجماع أو غير ذلك لاتقتضى الإنزال فيها لأن الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه ، فأخذه فى المفهوم واعتباره بلا دليل ، وكون العرف فى التسرى تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك فى المشاهد ؛ فمن الناس من يقصد ذلك ، ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له . إذا عرف هذا فاعلم أنه إذا حلف لايتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدورى فى التجريد عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . ولو قال إن تسريت جارية فعبدى حرّ فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذى كان فى ملكه وقت الحلف ، ولو لم يكن فى ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لايعتق هذا العبد المستحدث . ولو قال إن تسريت جارية فهى حرّة فتسرّى جارية كانت فى ملكه يوم حلف عتقت ، وهى مسئلة الكتاب وهى إجماعية . ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لاتعتق عندنا ولا عند أحد من الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله . وقال زفر : تعتق لأن التسرى لايصح إلا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك فكأنه قال : إن ملكت أمة فتسريتها فهى حرة ، وصاركما لو قال لأجنبية إن طلقتك فعبدى حرّ يصير التزوّج مذكورا ، حتى لو تزوّجها وطلقها عتق العبد

أو بملك الرقبة ، فإذا قال إن تسريت جارية فهى حرة (فتسرّى جارية كانت فى ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك) وكل ما انعقد فى حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء . وقوله (وهذا لأن الجارية) توضيح لانعقاد اليمين فى حقها (وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فإنه يقول : التسرى لايصح إلا فى الملك ، فكان ذكره ذكر الملك ، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدى حرّ يصير التزوّج مذكورا) فإن قيل : هذا قول بالاقتضاء وزفر لايقول بالاقتضاء . أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لابالاقتضاء ، والفرق بينهما أن الثابت دلالة مايكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأفيف ، ولا كذلك المقتضى لأن المقتضى لايفهم

(قوله أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول : أو الحلف .

---

(١) قوله (وكان القياس أن لا يقال الخ) هكذا فى الأصل ، وهو صحيح وجيه ، ووقع فى بعض النسخ « إصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء الخ وليس بصحيح فليحذر ، كتبه مصححه .

ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدّر بقدره ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية ،

ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه . والتالى باطل بالإجماع . وهذا لأن التسرى ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق . فإن حقيقته ليس إلا إعداد أمة حصنها للجماع ، فإنما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والإعداد أو مقارنا ، وهذا القدر لا يستلزم إخطاره عند التكلم أصلا فضلا عن خطوره ، ثم تقديره مرادا لأنه ليس لازما بينا لمدلول اللفظ فى الذهن بل لازم لوجوده فى الخارج . واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها فى الخارج ، بخلاف ما لو قال إن ملكت أمة فتسرّيتها الخ فإنه صرح بجعل الشرط الملك ، وبخلاف ما قاس عليه من قوله لأجنبية إن طلقتك فعبدى حرّ لأن عتق عبده القائم فى ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع إن تزوّجتك ثم طلقتك فعبدى حرّ ، بل لاقتضاء الشرط الملك ، غير أن الشرط هناك إذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده ، أما ههنا لو ثبت التسرى لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه إلى أمر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسرى به فقط لأن الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها ، ثم لا يثبت عند التسرى عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالإعتاق المعلق قبل ملكها إلى كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد ، فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا ، وإنما وزانها لو قال لأجنبية إن طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم تزوّجها فطلقها واحدة ، ونحن نقول فى هذه لا تطلق الأخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوّج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوّج كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد . نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وإن لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما إذا علم أن غرض اليمين الحمل فإنه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدّر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حيا فى قوله إن ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بأن غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها ، ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط يمنع

من ذكر المقتضى . ثم إذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل ، فلما كان الملك مفهوما من التسرى بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء ، هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين . وفيه نظر لأن الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الأذى ، ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعى إلى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما ، والملك من التسرى ليس كذلك . وأقول : هذا اللفظ يستعمل فى العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا . أو نقول هذا الحكم إذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مئونة الجدال معه (ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى) وتقريره: سلمنا أن ذكره ذكر الملك ، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسرى لكونه شرطا ، وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية) لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء .

(قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل فى العرف الخ) أقول : فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره (قوله كان مناقضا الخ) أقول : السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لأنها ليست من لوازم الملك الخ) أقول : ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق .

وفى مسئلة الطلاق إنما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء، حتى لوقال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوّجها وطلقها واحدة لاتطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الإضافة المطلقة فى هؤلاء، إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا

نفسه عنه لايجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء ، وحلف التسرى من هذا القبيل . هذا وقد أورد على زفر أنه لايقول بالمقتضى حتى حكم فى قوله أعتق عبدك عنى بألف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره ؟ وأجيب بأنه لايلزمنا إصلاحه له فإن مناقضته لاتضرنا . ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسرى . واعترض بأن الدلالة لابد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هى قياس غير أنه لايفتقر إلى أهلية لاجتهاد فى فهم حكم المسكوت . فالوجه كون هذا اللفظ فى العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة ، وقد نقلنا فى تحرير الأصول عن فخر الإسلام تفسيرا للدلالة بمعنى دلالة الالتزام وإن لم ترضه . هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى ، لأن المقتضى مايكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل « رفع الخطأ » أو شرعا مثل أعتق عبدك عنى . وقول القائل إن تسريت لايتبادر كذبه فيحتاج فى تصحيحه إلى التقدير إزالة للخطأ تصحيحا لما لم يصح ظاهره ، وهذا على وزان ماقلناه فى إن أكلت بل الحق أنه فى اللغة والعرف واحد وهو إعداد المملوكة الخ لا الإعداد الأعم منها ومن المزنى بها فهو مدلول تضمنى من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لى حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة فى هؤلاء) أى إضافة الملك الكامل فى هؤلاء إلى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون . ويدخل الإماء والذكور ، ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لاقضاء لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام ، ولو نوى السود دون غيرهم لايصدق قضاء ولا ديانة لأنه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ذكره ولا عموم إلا اللفظ فلا تعمل نيته ، بخلاف الرجال لأن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك وهو للذكر ، وإنما يقال للأنثى مملوكة ، ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة : يعنى إذا عم مملوك بإدخال كل ونحوه يشمل الإناث حقيقة كما ذكر فى جمع المذكر كالمسلمين ، والواو فى فعلوا على ماذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة فى الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ،

وقوله (وفى مسئلة الطلاق) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية . وتقريره ماذكرت من المسئلة المذكورة فالأمر فيه كذلك لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق ولا يتعدى إلى صحة الجزاء (حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوّجها وطلقها لاتطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث أن فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى إلى صحة الجزاء ، وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول إن تسريت جارية فعبدى حرّ فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك فى الحال فى العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لى حرّ عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة فى هؤلاء) يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الإضافة إلى نفسه بقوله لى كامل (إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا) وإذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون ، وإن قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة ، أما تصديقه ديانة فلأن لفظ المملوك وضع للمذكر ، وأما عدم تصديقه قضاء فلأنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ، ولو نوى الإناث لغت نيته ، وإن قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق

(ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم) لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لايملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة، بخلاف أم الولدوالمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار فى الأوليين) لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه (وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار فى الأولين لما بينا .

ولو نوى النساء وحدهن لايصدق لا ديانة ولا قضاء ، ولو قال لم أنو المدبرين ، فى رواية يصدق ديانة لاقضاء ، وفى رواية لايصدق لاديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعنى بقوله كل مملوك لى حر وكذا معتق البعض عند أبى حنيفة (لأن الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لايملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت إضافة الملك إليهم فلا بد من أن ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغى لو قال كل مرقوق لى حرّ أن يعتق المكاتبون لأن الرق فيهم كامل ، ولا تعتق أم الولد إلا بالنية (قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار فى الأوليين لأن كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه ، وحكمه هنا الطلاق المنجز وإنما التوقف فى التعيين (فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا وهذا عتق الأخير ، ويتخير فى الأولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الأولين . وقد يقال العطف بالواوكما يصح على الأحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لايلزم الطلاق فى الثالثة لأن الترديد حينئذ بين الأولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان لذلك فى الطلاق والعتاق ، والله أعلم .

لاقضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لايملك أكسابه ولا يحل له وطء) الأمة (المكاتبة) فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بدّ من النية) وقوله (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه) على ماذكره فى الكتاب ظاهر . وقوله(فيختص بمحله) أى بمحل الحكم وهى المطلقة لأن الكلام سيق لإيقاع الطلاق . واعترض بأن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما فى قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا ، فإنه إن كلم الأول حنث ، وإن كلم أحد الآخرين لايحنث حتى يكلمهما ، ويكون الثالث معطوفا على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيرا فى الطلاق والعتاق ، إن شاء أوقع على الأولى، وإن شاء أوقع على الآخرين. وأجيب بأن هذا الذى ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد ، فأما الذى ذكره فى الكتاب فهو ظاهر الرواية . والفرق بين جواب ظاهر الرواية فى الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فى أن الثالث معطوف على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم ، وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة ، إلا أن فى الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات ، والنكرة فى موضع الإثبات تخص فتتناول أحدهما ، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال إحداكما طالق وهذه ، ولونص على هذا كان الحكم ماقلنا ، أما فى مسئلة الجامع فالموضع موضع النفى وهى فيه

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب)

ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها . والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده .

واعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل لايحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك ، وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم ، وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل ، كما إذا حلف لايخاصم فلانا فإن الوكيل يقول أدّعى لموكلى ، وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شىء من هذه بفعل المأمور ، وكل عقد لاترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه ، وذلك إذا حلف لايتزوّج فوكل به أو لايطلق أو لايعتق بمال أو بلا مال أو لايكاتب أو لايهب أو لايتصدق أو لايوصى أو لايستقرض أو لايصالح عن دم العمد أو لايودع أو لايقبل الوديعة أو لايعير أو لايستعير ، وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كحلفه لايضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يحنث بفعل المأمور ، ومنه قضاء

تعم كقوله تعالى ـ ولا تطع منهم آثما أو كفورا ـ فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا ، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين ، ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا .

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك)

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب ، وهذه التصرفات فى الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى مابعده فلذلك قدمه . قال فى النهاية : ثم الضابط فى هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور ، وفيما لايحنث شيئان : أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر ، فالحالف لايحنث بمباشرة المأمور ، وكل فعل ترجع الحقوق فيه إلى من وقع حكم الفعل له يحنث . والثانى أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره ، فالحالف فيه لايحنث بمباشرة المأمور ، وكل فعل لايحتمل ذلك يحنث . قيل وكل مايستغنى المأمور فى مباشرته عن إضافته إلى الآمر فالآمر لايحنث بمباشرة المأمور ، وإن كان لايستغنى عن هذه الإضافة يحنث . والفقه فى ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقى عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه ، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقى من رجوع الحقوق إليه وهى لاترجع إليه فلا يحنث . ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والإيداع وقبول الوديعة والإعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء ، فإن الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضا

(ومن حلف لايبيع أولايشترى أولايؤاجرفوكل من فعل ذلك لم يحنث) لأن العقد وجد له من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ، ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ماهو الشرط وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا أويكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لايتزوّج أولايطلق أو لايعتق فوكل بذلك حنث) لأن الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لايضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر ، وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا إليه (ولو قال عنيت أن لاأتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وسنشير إلى المعنى فى الفرق إن شاء الله تعالى

الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار (قوله ومن حلف لايبيع أولايشترى أولايؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد) لامن الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والأجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة فى هذه (هو الحالف) لايبيع الخ (يحنث فى يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما ، وهذا قول الشافعى فى الأظهر ، وعند مالك وأحمد يحنث لأن بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لايحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث . قلنا : لم يوجد الفعل منه لاحقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما (وإنما الثابت له حكم العقد) الذى هو الملك لا كل حكم وإن كان الحكم على الأعم ، بخلاف الحلق لأن اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لأنه غير معتاد ، وإنما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله . وقوله إلا أن ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث : يعنى فإذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقود بنفسه) فإنه يحنث وإن لم ينو لأن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ، ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره ، ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة ، وكل فعل لايعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لايبنى ولا يطين العقد كذلك (قوله ومن حلف لايتزوّج أو لايطلق أو لايعتق فوكل بذلك حنث) يعنى إذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ، ووجه للشافعية وأكثرهم لايحنث لأنه لم يفعل ، وإنما نسبته إلى الآمر مجاز ، ثم إنه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور ، وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه . قلنا : لما لم يملك إضافته إلى نفسه بل لايستغنى عن إضافته إلى موكله كان ناقلا عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما إليه فيحنث به ؛ ألا ترى أنه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا إلى الفرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ، ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث ، ولو آلى منها فمضت المدة حتى

بفعل المأمور . وأما مالا يحنث الحالف بمباشرة المأمور به فهو البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال ، وكذلك القسمة ، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم . وإذا عرف هذا ظهر معنى كلامه إلا ألفاظا ننبه عليها . وقوله (إلا أن ينوى استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث : أى إلا أن ينوى أن لايأمر غيره أيضا فحينئذ يحنث . وقوله (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعنى إذا باشره المأمور

(ولو حلف لايضرب عبده أو لايذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشرا إذ لاحقوق له ترجع إلى المأمور (ولو قال عنيت أن لاأتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء) بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام يفضى إلى وقوع الطلاق عليها ، والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما ، فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لاقضاء . أما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف بأثره ، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجاز ، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

بانت حنث عند أبى يوسف لأن الإيلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا إلى الزوج ، وعند زفر لايحنث لأن الطلاق إنما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا . ولوكان عنينا ففرّق بينهما بعد المدة لم يحنث فى قول زفر ، وعن أبى يوسف روايتان . ولو زوّجه فضولى فأجاز بالقول حنث ، وعن محمد لايحنث . وفى الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ . قال شمس الأئمة : والأصح عندى لايحنث لأن عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ، ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله . ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لايطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لأن عبارة الوكيل هنا منقولة إليه (قوله ولو حلف لايضرب عبده أو لايذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فاملكه إياه انتقل فعل الضرب إليه بواسطة الأمر به (ثم منفعته راجعة إلى الآمر) على الخصوص وهو مايحصل من أدبه وانزجاره (فيجعل مباشرا إذ لاحقوق ترجع إلى المأمور وفرض المسئلة فى ضرب عبده احترازا عما لو حلف لايضرب حرا فإنه لايحنث بالأمر به لأنه لاولاية له عليه فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لأنهما يملكان ضرب الأحرار حدّا وتعزيرا فلكا الأمر به (ولو قال عنيت أن لا ألى ذلك بنفسى دين فى القضاء ، بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام) شرعى يوجب أثرا شرعيا فى المحل وهو الفرقة (والأمر بذلك مثل التكلم به) لأن المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع ، فإذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى من حيث أنه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لاترجع إليه وهى الحقوق ، وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده أثر شرعى فالحلف على تركه حلف على أن لاتوجد الفرقة من جهته ، وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسى) لايتوقف تحقق أثره على الآمر لأن الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا إذن منه ، فنسبة الفعل إلى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه ، فإذا نوى أن لايفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه ، بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لآثار شرعية لاتثبت تلك الآثار به إلا بإذن عن ولاية ، فلما كان للإذن فيها أثر نقلها إلى الحالف ، قالوا : وثبوت تصديقه قضاء فى ضرب العبد رواية فى تصديقه قضاء فى الطلاق لأن حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدّق فى الفصلين وهو قول الشافعى

حنث لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الأمر للغير ، فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث ؛ ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضا لوجود البيع منه حقيقة . وقوله (لأن المالك له ولاية ضرب عبده) يلوّح إلى أنه لو أمر غيره بضرب حرّ وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لأنه لاولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه . وقوله (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير . وحاصله أنه إذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة

(ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانا فضربه لم يحنث) فى يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر ، بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعة الائتمار بأمره عائدة إلى الآمر فيضاف الفعل إليه (ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به ، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد ، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك حيث يحنث إذا باع ثوبا مملوكا له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضى الاختصاص به ، وذلك بأن يكون مملوكا له ، ونظيره الصياغة والخياطة وكل ماتجرى فيه النيابة ، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه فى الوجهين .

والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره فى اختلاف الحكم غير ظاهر ، فإن كان الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعى إلا بإذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانا فضربه لم يحنث فى يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد) المضروب (وهى التأدب والتثقف) أى التقوّم وترك الاعوجاج فى الدين والمروءة والأخلاق (فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر) وإن كان يرجع إلى الأب أيضا ، لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل . وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر، ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعدّ الأب نفسه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب ، فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى ويحنث بفعل المأمور (قوله ومن قال إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ) لاشك أنه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد ، أما على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص ، وأما على

لا قضاء لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف عليه . وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة ، وإن كان فى ذلك تخفيف عليه لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية . فإذا وجدت النية كان الصرف إليها أولى . وقوله (لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه أى إلى الولد ، وذكر ضمير المنفعة نظرا إلى الخبر وهو التأدب والتثقف . وقوله (ومن قال إن بعت لك هذا الثوب) على ماذكره فى الكتاب واضح . وحاصل ذلك أن لام الاختصاص إذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد ، فإما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول . وعلى التقديرين فإما أن يحتمل الفعل النيابة أولا ، فإن احتملها و توسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل ، وشرط حنث وقوع الفعل لأجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن ، وذلك إنما يكون بالأمر ، وإن تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لأجله أو لم يقع ، وإن لم يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين : أى فى التوسط والتأخر بل يحنث إذا فعله سواء كان بأمره أو بغير أمره ، لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله إلى غير الفاعل فيكون الأمر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الإلغاء ، ومعنى دس أخفى ، والمراد بالغلام إما العبد على ماذكره فى الجامع الصغير لقاضيخان وإما الولد .

(قوله وشرط حنثه الخ) أقول : والذى يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بأنه ملكه بغير أمره كان ينبغى أن لا يحنث فليتأمل (قوله والمراد بالغلام إما العبد ، إلى قوله : وإما الولد)

(ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

جعلها فيهما للتعليل : أى بعته لأجلك فهى أيضا تفيد الاختصاص على ماذكروا ، لكن الوجه الظاهر فى الاستعمال أنه إذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل . ووجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضعيف متعاقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب ، فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل . وكونه مختصا به يفيد أنه لايستفاد إطلاق فعاه إلا من جهته وذلك يكون بأمره ، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله وهى لام التعليل فصار المعقود عليه أن لايبيعه من أجله ، فإذا دس المخاطب ثوبه بلا عامه فباعه لم يكن باعه من أجاه لأن ذلك لايتصوّر إلا بالعلم بأمره به ، ويلزم من هذا كون هذا لايكون إلا فى الأفعال التى تجرى فيها النيابة كالصياغة نحو إن صغت لك خاتما ، وكذا إن خطت لك وإن بنيت لك بيتا ، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك حيث يحنث إذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان بإذنه أو بغير إذنه لأن المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم الذى هو الثوب منه للفعل ، والقرب من أسباب الترجيح فيوجب إضافتها الثوب إلى مدخولها على ماسبق . ومثله ما لو وليت فعلا لاتجرى فيه النيابة مثل الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لايحتمل النيابة ، فلو قال إن أكلت لك طعاما أو طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أودارا لك فإنه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب : أى تنسب إليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما . ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالإجارة . قال تعالى ـ وبشروه بغلام عليم ـ وقال قاضيخان : المراد به العبد للعرف ، ولأن الضرب مما لايملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام إلى مايملك لا إلى مالا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لأن خيار البائع لايوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء)

كما ذكره فى الفوائد الظهيرية ، وهذا هو الصواب لأن ضرب العبد يحتمل النيابة ، ولهذا لو حلف لايضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لأن المنفعة تعود إليه ، وقد ذكره المصنف قبيل هذا ، ومن الشارحين من وجه الأول ، بأن المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شىء من ذلك فكان كالأكل والشرب . وأجاب عن المسئلة المذكورة بأن محمدا لم يذكرها ، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئة له فإنه ذكر أنه لاحقوق له ترجع إلى المأمور ، ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة . قال (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافيا لوقوع ماعلق به لكان النكاح كذلك ، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك . وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافى ، وجواز النكاح مع المنافى ، لأنه رق والإنسانية تنافيه ، فإذا كان النكاح

أقول : والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى ـ إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى ـ (قوله قيل لو كان البيع إلى آخر قوله . وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافى) أقول : وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا . فإن قيل : هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء ، والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به إذا علق به العتق ، قيل جواز البيع باعتبار المالية ، وليس فى المالية معنى ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الإنسانية ؛ ألا يرى أنه يختص ببنى آدم وفيها ماينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول لأنها تقتضى الحرية، والنكاح رق فلا يحنث إلا إذا كان صحيحا ، كذا فى الفوائد الظهيرية .

(وكذلك لو قال المشترى إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، وهذا على أصلهما ظاهر . وكذا على أصله لأن هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ، ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا

لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا ، فإن كان العبد فى يد المشترى مضمونا عليه بأن كان غصبه لايعتق كما فى البيع الصحيح البات لأنه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه إلى المشترى ؛ قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة فى الخارج وعقيب الشرط ، فإن البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتا من المشروط الذى هو العتق حيث وجد ملك المشترى قبل وجود العتق. ويمكن أن يقال : بل إنما قارن الإعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لأنه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره ، وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأى المصنف ، فعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لأنه لو قال إن بعت هذا العبد فهو حرّ فباعه بيعا باتا لايعتق (قوله وكذلك إن قال المشترى إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار) يعنى للمشترى (يعتق أيضا) أما إذا اشتراه شراء فاسدا باتا فإن كان فى يده مضمونا بأن كان غصبه عتق لأنه صار معتقا ملك نفسه ، ولو كان شراء صحيحا باتا عتق بطريق الأولى لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، أما على قولهما فظاهر ، وأما على قول أبى حنيفة فلأن العتق الواقع فى هذا العبد بسبب تعليق هذا المشترى والمعلق بالشرط كالمنجز عنده ، وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل إسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا فكذا هذا . وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبى حنيفة حيث لايقع به العتق فيما إذا قال إن تزوّجت فعبدى حرّ فتزوّج نكاحا فاسدا مع أن كلا منهما لايفيد الملك . وأجيب بأن البيع

فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن ، بخلاف البيع لأنه موافق للدليل فكان موجودا بالإيجاب والقبول فى المحل وإن لم يفد الحكم ؛ ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حرّ فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، وهذا على أصلهما ظاهر لأن خيار المشترى لايمنع ثبوت الملك له عندهما ، وكذا على أصله لأن هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ، ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك إذا علق . ورد بأن فى التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلا لعدم احتماله التأخير ، وفى التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضى مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به فى الحال . وأجيب بأن العتق يحتاط فى تعجيله وهو ممكن بإيقاعه فى الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر إلى مضىّ مدة الخيار ، وطولب ههنا فرقان : فرق بين مانحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فإنه قد اشتراه ولم يعتق عليه . وفرق بين مانحن فيه من المسئلة وبين ما إذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فإنه لايعتق عليه مالم يسقط الخيار عند أبى حنيفة رحمه الله . وفرق بين الأولين بأن الخيار إذا كان للمشترى يتمكن من إسقاطه ، ومتى كان الخيار للبائع لايتمكن من إسقاطه وبين الثانيتين بأن شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه مالم يسقطه ، وأما فى الإيجاب المعلق فإنه يصير قائلا عند وجود الشرط أنت حرّ فيسقط الخيار ضرورة لوجود مايختص بالملك ، ووضع المسئلة فى البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع إذا كان باتا لايعتق وإن وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلول فى الوجود الخارجى ، فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لاينزل فى غير الملك ، بخلاف ما قبه الشرط فإنهما

(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته) لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع (وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق ثلاثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء)

وإن لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الإيجاب والقبول فى محله فكان وجوده وجود الشرط ، بخلاف النكاح فإنه إذا صح كان على خلاف الدليل إذ الحرية تنفى ورود الملك فكيف إذا كان الملك فاسدا فلا يحكم بأنه الشرط إلا إذا صح . ويمكن أن يقال: لاورود لهذا السؤال فإن هذا البيع وإن كان بشرط الخيار للمشترى فإنه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فإنه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لأنه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لايتصوّر فى النكاح . وأورد منع كون المعلق كالمنجز لأن المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو ، والمعلق لايلزم إلغاؤه لأن الملك يثبت بعد مضى مدة الخيار فينزل إذ ذاك ولايلغو . وأجيب لما أمكن أن يجرى فيه مايجرى فى المنجز والعتق يحتاط فى إثباته وجب اعتباره إذ ذاك وإلا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق ، بخلاف ما إذا اشترى أباه بشرط الخيار لايعتق إلا أن تمضى المدة عند أبى حنيفة لعدم الملك فإنه لم يوجد منه تكلم بالإعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره ، وإنما يعتق على القريب بحكم الملك ولاملك للمشترى بالخيار ، والشارع إنما علق عتقه فى قوله «من ملك ذا رحم» بالملك لابالشراء، أما هنا فالإيجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حرّ فينفسخ الخيار ضرورة (قوله ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر) تدبيرا مطلقا (طلقت لأن الشرط) وهو عدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير ، فصار كما لو علق طلاقها بعدمه باللفظ إن فات أو مات العبد فإنها تطلق لوقوع اليأس . وأورد عليه منع وقوع اليأس فى العتق مطلقا بل فى العبد . أما فى الأمة فجاز أن ترتدّ بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها . وفى التدبير مطلقا لجواز أن يقضى القاضى ببيع المدبر . وأجيب بأن من المشايخ من قال لاتطلق لهذا الاحتمال . والصحيح أنها تطلق لأن مافرض من الأمور الموهومة الوقوع فلا يعتبر . ولأن الحلف على بيع هذا الملك لاكل ملك . وأجيب أيضا عن المدبر بأن بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ، ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ، ويجرى فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق ثلاثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء) وإن قال نويت

يتعاقبان فيه (ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع) وهذا فى إعتاق العبد ظاهر ، وأما فى التدبير والأمة فلابد من بيان لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضى بجواز بيعه ، والأمة يجوز أن ترتدّ فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب ، وذلك أن الكلام فى المدبر مادام مدبرا ، وإذا قضى القاضى بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لابيع المدبر ، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير ، وهذا كما ترى غير مخلص لأنه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب أن لايقع الطلاق ، والأولى فى البيان أن يقال بيع المدبر لايجوز ، فالظاهر أن المسلم لايقدم عليه ، فإن أقدم فالظاهر أن القاضى لايقدم على القضاة بما لايجوز ، ومع ذلك فالأصل عدم مايحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلايكون معتبرا ، وأما الأمة فإن من مشايخنا من قال لاتطلق امرأته فى التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال ، والصحيح أنها تطلق لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير . وقوله (ولو قالت المرأة لزوجها) ظاهر .

(قوله وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير) أقول : فيه بحث ، فإن الملك كامل فى المدبر كما مر فى الباب السابق ، والأظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الإعتاق والتدبير .

وعن أبي يوسف أنها لاتطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه . ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به . وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لايصلح مقيدا ، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لاقضاء لأنه تخصيص العام .

غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق فى القضاء ، وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا . وذكروا عن أبي يوسف فى شروح الجامع الصغير أنها لاتطلق ، واختاره شمس الأئمة وكثير من المشايخ لأن الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لى غيرك طالق دلالة (ولأن غرضه إرضاؤها) لا إيحاشها . وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن ، لأنه إن كان فهو غرض إرضائها . وجاز كون غرضه إيحاشها لاعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملا لكل من الأمرين ، فالحكم بمعين تحكم ، ولأنه زاد على قدر الجواب إذ يكفيه أن يقول إن كنت فعلت ذلك فهى طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحرزا عن الإلغاء ، والله أعلم .

[فروع] قال : لى إليك حاجة أتقضيها لى ؟ فقال نعم ، وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق ، فقال : حاجتى أن تطلق زوجتك ثلاثا ، له أن لايصدقه لأنه متهم . ولو حلف ليطيعنه فى كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لايحنث إلا إذا كان مايدل على قصده إلى ذلك عند تحليفه على الطاعة لأن الناس لايريدون به النهى عن جماع المرأة عادة كما لايريدون به النهى عن الأكل والشرب . حلف لايطلق امرأته فكل طلاق يضاف إليه يحنث به ، حتى لو وقع عليها طلاق بمضى مدة الإيلاء يحنث لابما لايضاف إليه فلا يحنث بتفريق القاضى للعنة واللعان ولا بإجازة خلع الفضولى بالفعل . ويحنث لو أجازه بالقول . قال امرأته طالق ثلاثا إن دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حر إن كان رأيانى دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الأولين رأياه دخل . ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ماهى امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتى فطلقتها قال لايحنث . حلف ماله عليه شىء فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضى يحنث فى قول أبي يوسف خلافا لمحمد ، حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبي يوسف خلافا له ، بخلاف مالو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بحالها لايحنث فى قولهما . حلف بطلاق ولا يدرى حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحرى ، فإن استوى ظنه يأخذ بالأكثر احتياطا . قال : عمرة طالق الساعة أو زينب إن دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداهما حتى تدخل الدار . فإذا دخلت إحداهما خير فى إيقاعه على أيهما شاء . ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها أنها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن

وقوله (لأنه زاد على حرف الجواب) أى أصله ، لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال إن فعلت فهى طالق ؛ فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئا . وقوله (وقد يكون غرضه إيحاشها) جواب عن قوله بأن الغرض إرضاؤها

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

(ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها علىّ المشى إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما) وفى القياس لايلزمه شىء لأنه التزم ماليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الأصل . مأثور عن علىّ رضى الله عنه . ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال علىّ زيارة

لايصدقها لأنها صارت متناقضة . حلف إن لم يجامع امرأته ألف مرة فهى طالق ، قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير . حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولا يحنث فى قول محمد والأصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبرانه وقت التكلم ، والله أعلم .

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

قدمها بعد ما تقدم لأنها عبادات فتترجح فى نفسها ، فيقتضى ذلك أن تقدم ، إلا أن يعرض مايوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم (قوله ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها علىّ المشى إلى بيت الله أو إلى الكعبة) وكذا علىّ المشى إلى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما)

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لأن فى هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها ، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك . ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه : فى وجه يلزمه إما حجة أو عمرة فى قولهم جميعا ، وفى وجه لايلزمه شىء كذلك ، وفى وجه اختلفوا فيه . أما الوجه الأول ففيما إذا قال علىّ المشى إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة . وفى رواية النوادر أو إلى بكة سواء كان فى الكعبة أو فى مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا ، فإن لم يكن بمكة فظاهر . وإن كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا ، فإن ركب لزمه شاة ، وإن اختار العمرة خرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة ، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التنعيم ماشيا أو راكبا . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم لأن الرواح إليه ليس بمشى إلى بيت الله وإنما المشى إليه وقت الوجوع . وقال بعضهم : يمشى وقت الرواح أيضا لأن الرواح إليه للإحرام فكان مشيا إلى بيت الله والقياس أن لايلزمه بهذا النذر شىء (لأنه التزم ماليس بقربة واجبة) لأن المشى أمر مباح (ولا مقصودة فى الأصل يعنى لذاته لأن المقصود منه شىء آخر لانفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالأثر والعرف . أما الأثر فما قال محمد فى الأصل : بلغنا عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة لركوبه . كذا فى بعض الشروح ، وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه . وقال آخرون :

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

(قال المصنف : وفى القياس لا يلزمه ، إلى قوله فى الأصل) أقول : فإن قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وإن لم يكن

البيت ماشيا فيلزمه ماشيا ، وإن شاء ركب وأراق دما ، وقد ذكرناه فى المناسك (ولو قال علىّ الخروج أوالذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شىء عليه) لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال علىّ المشى إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شىء عليه) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد فى قوله علىّ المشى إلى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف . لهما أن الحرم شامل على البيت ، وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره ، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه . وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

والتقييد بكونه فى الكعبة مذكور فى الجامع الصغير ليفيد أن وجوب أحد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ وإلا لغا لأنه لايلتزم المشى إلا ليصل إليه ، فإذا كان فيه استحال التسبب لحصوله . والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ ، لأن الواقع أن مدلول المشى ليس هو الحج أو العمرة ، بل ولا يستلزمه لجواز أن

روى عن علىّ رضى الله عنه أنه أجاب فى هذه المسئلة بأن عليه حجة أوعمرة وهذا مطابق . وقد روى شيخى فى شرحه «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى إلى بيت الله تعالى ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحجة أوعمرة» . وأما العرف فما ذكره فى الكتاب أن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال علىّ زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا ، وإن ركب وأراق دما فله ذلك على ماذكره فى المناسك . وإيجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب ، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر فى الكعبة أو فى غيرها . فإن قيل : فإذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور إليه ، كما لو نذر أن يضرب بثوابه حطيم الكعبة . فحينئذ ينبغى أن لايلزمه المشى فى طريق الحج كما لايلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه ، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه . أجيب بأن للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا ، قال صلى الله عليه وسلم «من حجّ ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل : وما حسنات الحرم ؟ قال : واحدة بسبعمائة» فاعتبر لفظه لإيجاب المشى لإحراز تلك الفضيلة ، ومعناه فى إيجاب الحج أو العمرة لإجماعهم على ذلك المتعارف ، وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز . والأولى أن يقال هذه اللفظة فى العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشيا لأن الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه . وأما الوجه الثانى ففيما إذا قال علىّ الخروج أو الذهاب أو السعى أو السفر أو الركوب أو الإتيان إلى بيت الله أو المشى إلى الصفا والمروة لم يلزمه شىء لعدم الأثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس . وأما الوجه الثالث ففيما إذا قال علىّ المشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام ، قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لاشىء عليه ، كما لو قال علىّ المشى إلى الصفا والمروة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لزمه حجة أو عمرة لأن الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره ، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه . وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازا (ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا)

واجب من جنسه قصدا . قلنا : الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة . فإن قيل : الاعتكاف يصح فى الليل وإن كان الصوم لا يصح فيه . قلنا : صحة الاعتكاف فى الليل تبع لصحة الإعتكاف فى اليوم ، ولهذا لو نذر الاعتكاف فى الليل منفردا عن اليوم لايصح ، وفى فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه (قوله وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول : والذى يعلم من كلام الكافى أن اللفظ كناية لامجاز فلا يلزم الجمع بينهما .

يمشى إلى البيت ولا يفعل نسكا ، إما ابتداء معصية وإما بأن يقصد مكانا فى الحل داخل المواقيت ليس غير ، فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله ، وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا إحرام ، وهذا لأن من الجائز أن يكون فى البيت ويوجب المشى إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود، كما لو كان فى بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ، ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الإحرام صونا له عن اللغو لأنه ليس لازما له لجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا . ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الإحرام لما عرف من إلغاء الألفاظ وهى ما إذا نذر الذهاب إلى مكة كأن قال علىّ الذهاب أو لله علىّ الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المضىّ أنه لايلزمه شىء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو ، بل لأنه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية ، مثل ما لو قال علىّ حجة أوعمرة ، وإلا فالقياس كما ذكره المصنف أن لايجب بهذا شىء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة فى الأصل . ولو قيل بل هى واجبة فإن المكى إذا قدر على المشى يلزمه الحج ماشيا . أجيب بأن الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لالغيره حتى لايلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور ، وكذا السعى إلى الجمعة كذلك لمن لايملك مركبا ويقدر على المشى ، إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لاشرط لغيره إلا أن يراد من جنس المشى إلى مكة . وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب . أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب ، وتوجيهه أن إيجاب المشروط إيجاب الشرط . ولا خفاء فى بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر ، والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط ، وإن استدل بالإجماع أو النص المتقدم فى حديث نذر عمر رضى الله عنه الاعتكاف فى الجاهلية فهم لايقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لأنهم والشافعى لايصححون نذر الكافر . ثم قد يقال تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه ، وإذا تعارفوه للإيجاب صار كقوله علىّ زيارة البيت ماشيا فإنه موجب لذلك ، ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شىء ، وكذا لايلزمه بقوله على المشى إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شىء . وأورد أنه إذا كان كقوله علىّ حجة أوعمرة ينبغى أن لايلزمه المشى لأنه لو قال علىّ الحج لايلزمه . والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشيا لأن المشى لم يهدر اعتباره شرعا ، فإنه روى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن أخت عقبة ابن عامر نذرت أن تمشى إلى البيت ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدى هديا » رواه أبو داود وغيره وسنده حجة ، وما فى صحيح مسلم أنه قال « لتمش ولتركب » فمحمول إما على ذكر بعض المروى ، وعلى هذا اقتصرنا فى كتاب الحج : يعنى أن محل الإشكال جواز ركوبها ولو أهدت ؟ كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرّق ويتصدق ، بل لو فرق لزم استئنافه فاقتصر الراوى على ذلك ليفيد دفع ذلك ، وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد ، فإن فى بعض طرقه « وإنها لاتطيق ذلك » ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة ، وأن الراجح أنه يلزمه المشى من بيته

(ومن قال عبدى حرّ إن لم أحج العام ، وقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف

لامن حيث يحرم فيه من الميقات : يعنى فالخلاف فيما إذا لم يحرم منه وهل يلزمه المشى منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات ، أما لو أحرم من بيته لزمه المشى منه بالاتفاق .

واعلم أن فى بعض طرق حديث أخت عقبة قال « ولتهد بدنة » لكنهم عملوا بإطلاق الهدى فى الحديث الآخر الثابت فى الصحيحين . وأخرج الحاكم فى المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال « ماخطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة ، وقال : إن من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا . فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب » وقال صحيح الإسناد ولم يخرّجاه ، لكن حمل المطلق على المقيد إذا كانا فى حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ، ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن علىّ رضى الله عنه ، والمروى عن علىّ من طريق الشافعى عن ابن علية عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن على فى الرجل يحلف على المشى قال : يمشى ، فإن عجز ركب وأهدى بدنة . ورواه عبد الرزاق عن على بسند صحيح فيمن نذر أن يمشى إلى البيت قال : يمشى ، فإذا أعيا ركب وأهدى جزورا . وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن . وأما ورود البدنة فى خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى فى مسنده : حدثنا زهير ، حدثنا أحمد ابن عبد الوارث ، حدثنا همام ، حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية ، فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عنها فقال : إن الله عز وجلّ غنىّ عن نذر أختك ، لتركب ولتهد بدنة » وأما إذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الأحد الذى لزمه حجا فإنه يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره . وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل فيحرم منه . وإنما اختلفوا فى أنه يلزمه المشى فى ذهابه إلى الحل أو لايلزمه إلا بعد رجوعه منه محرما . والوجه يقتضى أنه يلزمه المشى لما قدمناه فى الحج من أنه يلزمه المشى من بلدته مع أنه ليس محرما منها بل هو ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه : أعنى المواقيت فى الأصح لما قدمنا عن أبى حنيفة : لو أن بغداديا قال إن كلمت فلانا فعلىّ أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد . ولو قال علىّ السفر إلى بيت الله فقد علمت أنه لايلزمه شىء مع إخوانه ، ومثله الشد والهرولة والسعى إلى مكة ، وكذا علىّ المشى إلى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو أسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو إلى عرفات ومزدلفة لايلزمه شىء . واختلفوا فيما إذا قال لله علىّ المشى الى الحرم أو إلى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لايلزمه شىء ، وقال صاحباه : يلزمه أحد النسكين . والوجه فى ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبى حنيفة إيجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشى إلى الكعبة ويرتفع الخلاف ، وإلا فالوجه الذى ذكر لهما متضائل [1] وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ، ولو صرح بقوله لله علىّ المشى إلى الكعبة لزمه ، فكذا ذكر المشتمل لأن إيجاب اللفظ لتعارف عينه فيه ، وليس عين المشى إلى الحرم عينه وهو وجه أبى حنيفة (قوله ومن قال عبدى حرّ إن لم أحج العام فقال بعد انقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحىٰ العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبى حنيفة وأبى يوسف)

(ومن قال عبدى حر – إن لم أحج العام) ظاهر .

(١) (متضائل) أى متصاغر ، من الضآلة وهى النحافة ، وفى بعض النسخ (ليس بقوى متضائل) ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اه مصححه .

وقال محمد : يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية. ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط . ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام . غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لايميز بين نفي ونفي تيسيرا

ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير ، قاله صاحب المختلف ، وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية) وكيف لايقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما أنها قامت على النفي) معنى (لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية) فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة لأن المدعي وهو العبد لاحق له فيها يطالبه لأن العتق لم يعلق بها ، ومالا مطالب له لايدخل تحت القضاء ، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة . فإن قيل : لانسلم أنها مطلقا باطلة بل النفي إذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه ، فإنه ذكر في السير الكبير: شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لإحاطة علم الشاهد به . أجاب المصنف بقوله (غاية الأمر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لايميز بين نفي ونفي) في عدم القبول ، بأن يقال النفي إذا كان كذا صحت الشهادة به وإن كان كذا لاتصح (تيسيرا) ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي . وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار أنها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الإرث إذا قالوا نشهد أنه وارثه لانعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه والإرث مما يدخل تحت القضاء ، فأما النحر وإن كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لايدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها ، وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط . فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لاحق له في التضحية إذ لم تكن

وقوله (لكن لايميز بين نفي ونفي تيسيرا) نوقض بمسئلة السير الكبير : رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته ، والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة ، وإن قامت على النفي لأنها قامت على نفي شيء أحاط به علم الشاهد . وأجاب الإمام قاضيخان بأن هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ، ولكن قال الإمامان العلمان في التحقيق شمس الأئمة وفخر الإسلام : إذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لأن قولهما هذا بيان منهما لإحاطة علمهما بذلك ، فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ، ولكنه ليس مختار المصنف لإفضائه إلى الحرج .

(قوله جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي الخ) أقول : في الكافي : فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضى بعتقه ، وما نحن بصدده من قبيل الشروط . قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اه . وهو مخالف لما قدمه من أن النحر وإن كان ثبوتيا لكنه لايدخل تحت القضاء ، ولم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا كما لايخفى ، فإن كونه خارج الدار لايدخل تحت القضا أيضا (قوله وأجاب الإمام قاضيخان الخ) أقول : إن كان قوله لأنها قامت على نفي شيء الخ مذكورا في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان (قوله وهو سكوت الزوج) أقول : في كون السكوت وجوديا بحث ، قال في شرح العقائد : السكوت هو ترك التكلم .

(ومن حلف لايصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لايصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لايحنث)

هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها . كذلك لاحق له فى الخروج لأنه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا ، فاما كان المشهود به مما هو وجودى متضمن للمدعى به من النفى المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وإن كان غير مدّعى به لتضمنه المدعى به ، كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفى المدعى به فقول محمد أوجه (قوله ومن حلف لايصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لو جود الشرط) وهو الصوم الشرعى إذ هو الإمساك على المفطرات على قصد التقرّب وقد وجد تمام حقيقته ، وما زاد على أدنى إمساك فى وقته تكرار للشرط ، ولأن بمجرد الشروع فى الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ، ولذا أنزل إبراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحا حيث أمرّ السكين فى محل الذبح فقيل له ـ قد صدّقت الرؤيا ـ بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة ، فلذا قال فيمن حلف لايصلى أنه إذا قام وقرأ وركع وسجد حنث إذا قطع ، فلو قطع بعد الركوع لايحنث لأنه لم يدخل فى الوجود تمام حقيقتها (قوله ولو حلف لايصوم يوما أو صوما لم يحنث بصوم ساعة) بل بإتمام اليوم ، أما فى يوما فظاهر ، وكذا فى صوما لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا : لو قال لله علىّ صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع ، وكذا إذا قال علىّ صلاة تجب ركعتان عندنا لايقال : المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لايصوم ولا يصوم صوما فينبغى أن لايحنث فى الأول إلا بيوم . لأنا نقول : الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لايظهر أثره فى غير تحقيق الفعل ، بخلاف الصريح فإنه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال . وقد أورد عليه مالو قال لأصومنّ هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال ، أو قال لامرأته إن لم تصلى اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت فى الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال . وأجيب بأن اليمين تعتمد التصوّر ، والصوم بعد الزوال والأكل متصوّر كما فى صورة الناسى ، وكذا الصلاة من الحائض لأن درور الدم لايمنع كما فى المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط أدائه ، بخلاف مسئلة الكوز لأن محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه ، وهاتان المسئلتان إنما تصاحان مبتدأتين لاموردتين لأن كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ، ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لأنه مقيد معرف والمطلقات هى النكرات وهى أسماء الأجناس وإلا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به أحد . والمسئلتان مشكلتان على قول أبى حنيفة ومحمد لأن التصوّر شرعا منتف ، وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لايفيد ، فإنه حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصوّر الفعل المحلوف عليه لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين ، أما على قول أبى يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث . واعلم أن التمرتاشى ذكر أنه لو حلف لايصوم فهو على الجائز لأنه لتعظيم الله تعالى ، وذلك لايحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين فى الماضى ، وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فإنه

قوله (ومن حلف لايصوم) ظاهر .

(قال المصنف : إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول : إن قلت المصدر مذكور هنا أيضا . قلت : بلى لكن لغة لا شرعا ، وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف إلى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا .

لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه إلى آخر اليوم . واليوم صريح فى تقدير المدة به (ولو حلف لايصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لايسمى صلاة ، بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر فى الجزء الثانى

حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لأنها نص محمد فى الجامع الصغير (قوله ولو حلف لايصلى فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس) يعنى على الصوم (أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لاتسمى صلاة) يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء (بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر بالجزء الثانى) ولهذا قال الفقيه أبو الليث : لافرق بينهما فى الحاصل لأن مابعد صوم ساعة مكرر من جنس مامضى فصار صوم ساعة كالصلاة ركعة ، يعنى لأنه يجتمع فيها تمام الحقيقة ، ثم قال المصنف (وإن سجد مع ذلك) يعنى الركوع وما قبله (ثم قطع حنث) ويشكل عليه ماذكر التمرتاشى : حلف لايصلى يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد إلا إذا كان اليمين فى الماضى : أى حلف ماصليت وكان قد صلى فاسدة لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة ، اللهم إلا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما فى الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لايصلى فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلا لايحنث استحسانا ، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض . قال : ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لأن الفاسد صلاة صورة ، وإطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى مايحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه ، ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضا ، وليس فى هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وإنما طريقه أن فى الصحيح ما فى الفاسدة وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث ، ولو كان عقد يمينه على الماضى بأن قال إن كنت صليت فهى على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا أصلى ولا أصلى صلاة حيث يحنث بركعة فقال : وفى صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة لاكون المفعول صلاة ، وذلك يحصل بالركعة ، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته ، والانتقاض إنما يظهر فى حكم يقبل الانتقاض ، والحنث بعد تحققه لايقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هى التى لم يوصف منها شىء بوصف الصحة فى وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح ، وعليه يحمل ما أوردناه فى الصوم ويرتفع الإشكال هناك أيضا . وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست فى الركعة الواحدة

وقوله (لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه ما لو قال والله لأصومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعى فإن الصوم الشرعى بعد الأكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور . والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعى وهو كون اليمين بعد الأكل أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم اللغوى وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف مانحن فيه فإنه ليس فيه مايمنعه عن الصوم الشرعى فينصرف إليه . وقوله (ولو حلف لايصلى) ظاهر .

(قوله أورد عليه ما لو قال والله لأصومن الخ) أقول: هذا الإيراد غير متوجه على هذا القول، بل مورده قوله: واليوم صريح فى تقدير المدة= إلا أن يقال : المراد قوله لأنه يراد به الصوم المعتبر شرعا إلى آخر الكلام فليتأمل .

(ولو حلف لايصلى صلاة لايحنث مالم يصلّ ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء .

فيجب أن لايحنث بها . وأجيب بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة : وهذا أولا مبنى على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ . والحق أنه يتفرّع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى ذلك . ومرّت المسئلة فى سجود السهو . والأوجه أن لايتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض . ثم لو سلم فليست تلك القعدة هى الركن . والحق أن الأركان الحقيقية هى الخمسة ، والقعدة ركن زائد على ماتحرر ، وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا فى حق الحنث (قوله ولو حلف لايصلى صلاة لم يحنث مالم يصلّ ركعتين لأنه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا) على الوجه الذى قررناه فى لايصوم صوما (وأقل المعتبر شرعا صلاة ركعتين للنهى عن البتيراء) نهيا يمنع الصحة لو فعلت . ومن فروع هذه المسئلة ما فى الذخيرة : قال لعبده إن صليت ركعة فأنت حرّ فصلى ركعة ثم تكلم لايعتق . ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الأولى لأنه فى الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتيراء بخلاف الثانية . وهذه المسئلة مذكورة فى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف ، فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور فى الجامع قول محمد : يعنى وحده وهو غير لازم ، فإن المذكور عن أبى يوسف : حلف لايصلى ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لايتحقق إلا بضم أخرى إليها . والمذكور فى الجامع : حلف لايصلى ولم يقل ركعة ، والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو فى الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص . وفى البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف . ثم إذا حلف لايصلى صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين ؟ اختلفوا فيه ، والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لايصلى صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته ، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتى الفجر ينبغى أن لايحنث حتى يقعد.

[فروع] حلف لايؤمّ أحدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحدا صدق ديانة لاقضاء إلا إن أشهد أنى إنما أصلى لنفسى ، وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلى لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لاديانة . وينبغى إذا أمهم فى صلاة الجنازة أن يكون كالأول إن أشهد صدق فيهما وإلا فى الديانة . ولو قال ماصليت اليوم صلاة يريد فى جماعة صحت نيته لأنها ناقصة والمطلق ينصرف إلى الكامل . ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد فى جماعة ، قال محمد : لاتسعه النية فى هذا ، بخلاف ما إذا صلى الظهر فى السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى . وفى ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها ، اختلفوا بناء على أن وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أولا بل ينصرف إلى الوقت الأصلى .

وقوله (لايحنث مالم يصل ركعتين) قيل عليه ينبغى أن لايحنث بمجرد الإتيان بالركعتين مالم يأت بالقعدة لأن الصلاة لاتكون معتبرة بدون القعدة شرعا ، وليس بشىء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامة ، وتمامها شرعا إنما يكون بالقعدة أشار إلى ذلك تعليله بقوله لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا ، والله أعلم .

(قوله قيل عليه ينبغى أن لايحنث) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى .

(باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

(ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند أبى حنيفة وقالا : ليس عليه أن يهدى حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها . لهما أن النذر إنما يصح فى الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه . وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد

(باب اليمين فى لبس الثياب والحلىّ وغير ذلك)

قدمه على الضرب والقتل لأن اللبس أكثر وقوعا منه لابقيد خصوص الملبوس ، أو لأن شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل . والحلىّ بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كثدى وثدىّ (قوله ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك) أى ثوبا من غزلك أى مغزولك (فهو هدى) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدى اتفاقا ، ولو لم يكن فى ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهى مسئلة الكتاب ، فعند أبى حنيفة هو هدى (وقالا : ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أى وقت الحلف (ومعنى الهدى) هنا (مايتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها) فإن كان نذر هدى شاة أو بدنة فإنما يخرجه عن العهدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه إهداء قيمته . وقيل فى إهداء قيمة الشاة روايتان : فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره ، وإن نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته ، ولو نذر إهداء مالا ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر إنما ينعقد) فيما هو (فى الملك) قال النبىّ صلى الله عليه وسلم «لانذر فيما لايملك ابن آدم» (أو مضافا إلى سبب الملك) مثل إن اشتريت كذا فهو هدى أو فعلىّ أن أتصدّق به ولم يوجد ذلك فإن اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سببا لملكه إياه لأنه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لأن غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه ، فلا يصح النذر فى المشترى من القطن إذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لأن العادة أن يشترى القطن ويجعله فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول مملوكا له (والمعتاد هو المراد) بالألفاظ ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال : إن لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن ولا إلى الالتفات إليه وإن كان فى الواقع لايملك المغزول بالغزل إلا إذا كان القطن مملوكا له ، وحينئذ لافرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو فى حال الحلف ، ثم استوضح على أن غزلها

(باب اليمين فى لبس الثياب والحلىّ وغير ذلك)

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين فى الضرب والقتل ، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر منه وجودا ، وإما لأن اليمين به مشروع وجودا وعدما ، بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدى) أى صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح . وقوله (والمعتاد هو المراد) يعنى فصار كأنه قال من قطنى

(باب اليمين فى لبس الثياب والحلىّ وغير ذلك)

وذلك سبب لملكه . ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصر مذكورا .

سبب عاديّ لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك إلا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك فى المغزول ، لأن معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه ، وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فى المغزول ، وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لايحنث فيها بالشراء بعد الحلف لأن الإضافة إلى التسرى ليست إضافة إلى سبب الملك لأن الملك لايثبت عند التسرى أثرا له بل هو متقدم عليه ، وبهذا بطل قول من رجح قول زفر فى مسئلة التسرى هذا . والواجب فى ديارنا أن يفتى بقولهما لأن المرأة لاتغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبى حنيفة رحمه الله فيه .

[وهذه فروع تتعلق باللبس] حلف لايلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه فى الكمين ورجلاه بعد فى اللحاف حنث . حلف لايلبس ثوبا لايحنث بلبس القلنسوة والعمامة ، ولو حلف لايلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ، ولوقال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث . ولو اتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره ، بخلاف لا ألبس قميصا لايحنث إذا اتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد ، وكذا إذا حلف لايلبس سراويل فاتزر به أو تعمم لايحنث ، ولوقال هذا السراويل فاتزر به أو تعمم حنث ، ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لايحنث . ولو حلف لايلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لايحنث ، وفى هذا القباء يحنث لأن فى المنكر يعتبر اللبس المعتاد ، وفى المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس . وقال الصدر الشهيد : واختار الإمام الوالد الحنث فى المنكر أيضا لأنه يلبس أيضا كذلك . ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لايحنث ، وقيل بل يحنث ، لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث ، والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم « الأنصار شعار والناس دثار » وفى ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لامحالة لأنه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما إذا ذكر لفظ القباء ولوحلف لايلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لايحنث لأنه ملبس لا لابس . فهو كما تقدم إذا حلف لايدخل فحمل وأدخل ، فلو انتبه فألقاه كما انتبه لايحنث ، وإن ترك يحنث علم أن الثوب المحلوف عليه أولا . وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه . ولو حلف لايلبس سراويل أو خفا فأدخل إحدى رجليه لايحنث ولو حلف لايلبس من غزل فلانة لايحنث بالزيق والزرّ والعروة ، ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث . أما لو قال ثوبا من غزلها لايحنث ، ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث ، وكذا إن كان فيه وصلة فى كمه أو دخريصة أو علم من غزل غيرها ، ولو حلف لايلبس من غزلها فلبس ماخيط منه أو مافيه سلكة منه لايحنث ، ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبى يوسف ، وعندهما لايحنث وعليه الفتوى . حلف لايلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم ، فإن كان يعمل بيده لايحنث وإلا حنث . لايلبس حريرا أو إبريسما

أو من قطن سأملكه (وذلك) أى الغزل من قطن الزوج (سبب لملك الزوج لما غزلته) يعنى من ملك الزوج وقوله (ولهذا) إيضاح لقوله وذلك سبب لملكه : يعنى أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك ، وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك

(ومن حلف لايلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لأنه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وإن كان من ذهب حنث) لأنه حلى ولهذا لايحل استعماله للرجال . (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة ، وقالا يحنث) لأنه حلى حقيقة حتى سمى به فى القرآن . وله أنه لايتحلى به عرفا إلا مرصعا ، ومبنى الأيمان على العرف . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان .

لايحنث إلا بثوب كله أولحمته منه لا ما سداه أو علمه منه إلا أن ينويه . لايلبس هذا القطن ولا نية له انصرف إلى الثوب المتخذ منه ، فلو حشا به ثوبا وهو المضرّب لايحنث ، وكذا لايلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب ، وإن نوى عين الغزل لايحنث بلبس الثوب لأنه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل . لايلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث . لايلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث . لايكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أوجوربين أو أرسل إليه ثوبا فلبسه حنث إلا إن نوى كسوته بيده ، ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لايحنث (قوله ومن حلف لايلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحنث (لنا أنه ليس بحلى عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلى بالذهب والفضة . وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا فى حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا فى العرف الذى هو مبنى الأيمان . قال المشايخ : هذا إذا لم يكن مصوّغا على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص . فإن كان حنث لأنه لبس النساء . وإنما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلى به وصاركلبسه سوارا أو خلخالا أوقلادة أو قرطا أو دماوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة . وقيل لايحنث بخاتم الفضة مطلقا ، وإن كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد ، لأن العرف فى خاتم الفضة ينفى كونه حليا وإن كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حنث) مطلقا بفص وبلافص اتفاقا (قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لايحنث عند أبي حنيفة ، وقالا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت ، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة . وجه قولهما أنه حلى حقيقة فإنه يتزين به وسمى به فى القرآن قال تعالى ـ وتستخرجوا منه حلية تلبسونها ـ والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لايتحلى به) فى العادة وهو المراد بقوله (عرفا إلا مرصعا) بذهب أو فضة (ومبنى الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف إلى المرصع فلا يحنث بغيره . قال بعض المشايخ : قياس قوله إنه لابأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان)

الزوج لما غزلته فى العرف ، والعرف لايفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحلف أو لم يكن ؟ وقوله (ومن حلف لايلبس حليا) بفتح الحاء وسكون اللام وهو مايتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر . واستدل بإباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلى ، لأنه لو كان حليا لحرم على الرجال لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ، ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أوكان ناقصا فى كونه حليا فكان مباحا (وإن كان من ذهب حنث) يعنى كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن . قيل الخواتيم ثلاثة ، الذهب مطلقا ، والفضة المفصوصة والحالف أن لايلبس حليا يحنث بلبسهما ، والفضة الغير المفصوصة والحالف لايحنث بلبسه . وقوله (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر ، والعقد بالكسر هو القلادة ، والترصيع التركيب ، يقال تاج مرصع بالجواهر . وقوله (حتى سمى به فى القرآن) أى بالحلى يريد به قوله تعالى ـ وتستخرجوا منه حلية تلبسونها ـ وقوله تعالى ـ يحلوّن فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ـ جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله تعالى «يحلوّن »

ويفتى بقولهما لأن التحلى به على الانفراد معتاد (ومن حلف لاينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لأنه تبع للفراش فيعدّ نائما عليه (وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لايحنث) لأن مثل الشيء لايكون تبعا له فقطع النسبة عن الأول (ولو حلف لايجلس على الأرض فجلس على بساط أوحصير لم يحنث) لأنه لايسمى جالسا على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا (وإن حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أوحصير حنث) لأنه يعد جالسا عليه ، والجلوس على السرير فى العادة كذلك ، بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه .

فى زمانه كان لايتحلى به إلا مرصعا ، وفى عرفهما تحلوا بالساذج (ويفتى بقولهما) لأن العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا (قوله ومن حلف لاينام على فراش) أى فراش معين ، فإنه قال فى غير هذا الكتاب على هذا الفراش ، وبدليل قوله وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لايحنث ، ولو كان نكرة بأن حلف لاينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لأنه نام على فراش نكرة ، ثم إذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لأن القرام تبع للفراش لأنه سائر رقيق يجعل فوقه كالتى تسمى فى عرفنا الملى : أى الملاءة المجعولة فوق الطرّاحة ، وإذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش ، بخلاف ما إذا جعل فوقه فراشا آخر فإنه لايحنث إذا نام على الأعلى لأنه مثله ، والشيء لايكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة إلى الأسفل . وروى عن أبى يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصرح أحدهما تبعا للآخر . وحاصله أن كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه فى الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماسه إلا الأعلى (قوله ولو حلف لايجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لايسمى جالسا على الأرض) عرفا فاعتبر العرف كلا من الأرض والبساط والحصير أصلا ، ولهذا يقال اجلس على البساط لاتجلس على الحصير ، وتارة اجلس على الحصير لاتجلس على الأرض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الأرض ، بخلاف ما لو جلس على ذيوله حيث يعدّ جالسا على الأرض ، ويقال جلس فلان على الأرض فيحنث ، وسرّه أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الأرض . نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لايحنث لارتفاع التبعية (ولو حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش (حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك) أى على مايفرش عليه ، يقال جلس الأمير على السرير ، ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر ، لأنه) أى الآخر الأعلى (مثل الأول) الأسفل فلم يجعل تابعا له فى العرف وهذا بالاتفاق . وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه فى الفراش بالعرف ، فإنه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وإن كان أحدهما فوق الآخر ، بل يقال جلس على سرير فوق سرير ، وهكذا الحكم فى هذا الدكان وهذا السطح إذا حلف لايجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث . ولو بنى دكانا فوق الدكان

وقوله (ومن حلف لاينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لايحنث ، فإنه لوكان على حقيقته منكرا لحنث فى هذه الصورة أيضا لأنه نام على فراش . وقوله (لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير إلى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الأرض وجلس عليه لم يحنث لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير . وقوله (ولو حلف لايجلس على سرير) ظاهر مما تقدم .

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره)

(ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدى حرّ فمات فضربه فهو على الحياة) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن ،والإيلام لايتحقق فى الميت ، ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى قول العامة

أو سطحا على السطح إذا حلف لايجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الأسفل فلا يحنث بالجلوس على الأعلى ، ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والإسطبل . ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لايكره ، قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع . وفى كافى الحاكم : حلف لايمشى على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث ، وإن كان على بساط لم يحنث ، وإن مشى على أحجار حنث لأنها من الأرض .

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك) من الغسل والكسوة

(قوله ومن قال إن ضربتك فعبدى حرفهو على الحياة) حتّى إذا مات فضربه لايحنث(لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب فى محل قابل للتأديب(والإيلام)والأدب(لايتحقق فى الميت) لأنه لايحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدرما يحُس بالألم . والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتّى لو كان متفرق الأجزاء بحيث لاتتميز الأجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الأجزاء

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره)

يريد بالغير الغسل والكسوة ، وقد تقدم ذكر وجه المناسبة فى الباب المتقدم (ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدى حرّ فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لايتحقق فى الميت لانتفاء الإيلام فيه ، ونوقض بقوله تعالى ـ وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث ـ فقد برّ أيوب عليه السلام فى يمينه بالضرب بهذا الذى ذكر ، ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أوحشيش فلم يكن لمجموعه إيلام فكيف لأجزائه . وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة إكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ، هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ماذكر من تفسير الضغث . وروى عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر ، فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقيا فى شريعتنا أيضا ، وتمام الكلام فيه فى الكشاف. وذكر فى شرح الطحاوى : ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة إن ،وصل إليه كل سوط بحياله برّ فى يمينه ، والإيلام شرط فيه لأن المقصود من الضرب الإيلام . وقوله (ومن يعذب فى القبر) جواب عما يقال

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره)

(قوله فقد بر أيوب الخ) أقول: ولك أن تقرر السؤال بأن الضرب استعمل فى الآية المجيدة فيما لا إيلام فيه، فعلم أن الضرب ليس اسما لما ذكرتم فحينئذ لايكون الجواب مساس بالسؤال . بل الجواب أن يقال : ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب أنه جاز الخ) أقول: أنت خبير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب، إلا أن يجعل ماذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح .

وكذلك الكسوة لأنه يراد به التمليك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق

التى لا يأخذها البصر ، وإن الله على ذلك لقدير . والخلاف فيه إن كان بناء على إنكار عذاب القبر أمكن ، وإلا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الإحساس . وقد أورد على أخذ الإيلام فى تعريف الضرب قوله تعالى ـ وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث ـ فقد برّ بضرب الضغث وهى حزمة من ريحان ونحوه ولا إيلام فيه . وأجيب أوّلا بمنع عدم الألم فى ضرب أيوب عليه السلام بالكلية . وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر ، وإن سلم فمخصوص بأيوب . ودفع بأنه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة فلم يعتبره . وفى الكشاف : هذه الرخصة باقية . والحق أن البرّ بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام ، ولا ينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرّة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها ، وذلك إما أن يكون بأطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة ، والإيلام شرط فيه ، أما علمه بالكلية فلا . ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبرّ ، ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لأنه ضرب صورة لا معنى . ولا بد من معناه ، فلا يبرّ إلا بأن يتألم ، حتى إن من المشايخ من شرط فيما إذا جمع بين رءوس الأعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لأوجع المضروب ، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال ، والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الألم .

[فروع] قال لأضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد ، ومثله حتى أتركك لا حىّ ولا ميت ، وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك ، وكذا حتى تبول أو حتى تبرك ١ . وعندى أيضا على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت ، ولأضربن ولدك على الأرض حتى ينشق نصفين ، فهو على أن يضرب به الأرض ويركله ٢ فقط ، وخلاف هذا ليس بصحيح . حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه ، وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث . حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث ، ولو قال إن لقيتك فلم أضربك فعبدى حرّ فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تتصل إليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث ، قال محمد : إذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه . حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته : يعنى فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث . حلف لا أعذبه فحبسه لا يحنث لأن الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق .(قوله وكذا الكسوة) إذا حلف ليكسونه فألقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر

قولكم الإيلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر ، وقيد بقول العامة احترازا عن قول أبى الحسين الصالحى ، فإن الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت. وقوله (وكذلك الكسوة) يعنى إن قال إن كسوتك فعبدى حرّ فكساه بعد الموت لا يحنث. وقوله (لأنه يراد به) أى بالكسوة على تأويل الإكساء (التمليك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق

(قال المصنف : وهو من الميت لا يتحقق) أقول : قال فى الكافى لأن الموت ينافى بقاء الملك فلأن ينافى ابتداءه أولى اه . وفيه بحث ، فإنهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال ، ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليتأمل .

---

(١) (تبرك) هكذا فى الأصل ، ولعلها محرفة عن تبرد بالدال بمعنى تموت ، كتبه مصححه .

(٢) (ويركله) هكذا فى بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف : أى يضربه برجل واحدة. وفى بعض النسخ (يوكله) بالواو وهو تحريف ، فليحرر .

إلا أن ينوى به الستر ، وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه ، والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (ولو قال إن غسلتك فعبدى حرّ فغسله بعد ما مات يحنث) لأن الغسل هو الإسالة ومعناه التطهير

الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك فى مفهومها ، ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة ، وقد جعلها الله سبحانه إحدى خصال الكفارة ، والمعتبر فيها فيما سوى الإطعام التمليك ، والميت ليس أهلا للتملك ليصح التمليك. قال الفقيه أبو الليث : لوكانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لأن هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك (قوله إلا أن ينوى به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذى تضمنه التشبيه فى قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لأن السترة تتحقق فى حق الميت كما فى الحى فتنعقد يمينه على حالتى الموت والحياة ، وذكر ضمير به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك ، وقيل على تأويل الإكساء ولا وجود له فى اللغة (قوله وكذا الكلام) يعنى إذا حلف لايكلمه اقتصر على الحياة ، فلو كلمه بعد موته لايحنث لأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه لأنه لايسمع فلا يفهم. وأورد «أنه صلى الله عليه وسلم قال لأهل القليب قليب بدر : هل وجدتم ماوعد ربكم حقا ؟ فقال عمر رضى الله عنه : أتكلم الموتى (١) يارسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم » وأجيب بأنه غير ثابت : يعنى من جهة المعنى وإلا فهو فى الصحيح . وذلك بسبب أن عائشة رضى الله عنها ردته بقوله تعالى ـ وما أنت بمسمع من فى القبور ـ إنك لاتسمع الموتى ـ وبأنه إنما قاله له على وجه الموعظة للأحياء لا لإفهام الموتى ، كما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، أما نساؤكم فنكحت ، وأما أموالكم فقسمت ، وأما دوركم فقد سكنت ، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم » وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم ، لكن بقى أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم « إن الميت ليسمع خفق نعالهم إذا انصرفوا » ولينظر فى كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والدخول) يعنى إذا حلف لايدخل على فلان تقيد بالحياة ، فلو دخل عليه ميتا لايحنث ، لأن المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لايقال دخل على حائط ولا على دابة ، والزيارة للميت ليست حقيقة بل إنما المزور قبره ، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال إن غسلتك فعبدى حرّ انعقد على الحياة والموت لأن الغسل الإسالة) والمعنى المراد به التطهير أو إزالة الوسخ والكل يتحقق فى حالة الموت كالحياة . وفى شرح الطحاوى فى الأصل أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسرّ يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اهـ . ومثله التقبيل إذا حلف لايقبلها فقبلها بعد

إلا أن ينوى به) أى بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لأن فيه تشديدا عليه . وقوله (وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبى الليث ، ومعناه أنه يحنث لأنه إذا حلف لايلبس فلانا فألبسه وهو ميت حنث لأن الإلباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل الملك . وقوله (وكذا الكلام والدخول) يعنى إذا حلف لايكلم فلانا أو حلف لايدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لايحنث فى يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه ، والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فإن قيل : قد روى

---

(١) كذا فى بعض النسخ . وفى بعضها : ماتكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح ، والمدار على ثبوت الرواية ، كتبه مصححه .

ويتحقق ذلك فى الميت (ومن حلف لايضرب امرأته فمدّ شعرها أوخنقها أو عضها حنث) لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام ، (وقيل لايحنث فى حال الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا ضربا

الموت لايحنث . وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان بن مظعون بعد ما أدرج فى الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم . وقيل إن عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لايحنث وهو على الوجه . ولو حلف لايغسل فلانا أو لايجامعه أو لايمسه أو لايلبسه فهو على الحياة والموت (قوله ومن حلف لايضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها ، وعن بعض المشايخ ينبغى أن لايحنث بذلك ، لأنه لايتعارف ضربا . وأجيب بما عالل به فى الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الأشياء كذلك . وفى المنتقى : حلف لايضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لايحنث . واستشكل يمين الضرب بأنها إن تعاقدت بصورة الضرب عرفا فهو إيقاع آلة التأديب فى محل قابل له فيجب أن لايحنث بالخنق ومدّ الشعر والعض لأنه لايتعارف ضربا أو بمعناه وهو الإيلام فيجب أن يحنث بالرمى بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازحة لكنه لايحنث وهو إشكال وارد . وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا . مثاله حلف لايبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لايحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث عرفا

وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسمائهم فقال : هل وجدتم ما وعد ربكم حقا ، فقد وجدت ماوعدنى ربى حقا ؟ » أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم . وقوله (ويتحقق ذلك) يعنى التطهير (فى الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لاتجوز وإن كان مغسولا جازت (ومن حلف لايضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الإيلام) من هذه الأفعال (وقيل لايحنث فى حال الملاعبة) وإن أوجعها وآلمها لأنه يسمى فى العرف ممازحة لاضربا ، وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام . وقوله (ومن قال إن لم أقتل فلانا) ظاهر . وقوله (هو الصحيح) احترازكما ذكر فى شرح الطحاوى فقال فيه : ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق . وروى عن أبى حنيفة فى رواية أخرى أنه لايحنث علم أو لم يعلم ، وهو قول زفر وهو الصحيح ، لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود فى الكوز ، والله تعالى أعلم ، وإن أحدث فى الكوز ماء فليس هو الماء الذى كان موجودا فى الكوز وقت اليمين لأن الماء الذى أضيف إليه الشرب لايحتمل الوجود إذ الحادث غيره ، بخلاف مسئلة القتل إذا كان يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل فى فلان ، فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى ـ فأماته الله مائة عام ثم بعثه ـ وكان ماعقد عليه اليمين متوهما ، والعادىّ منسوب إلى العادة كالإرادى منسوب إلى الإرادة ، فإن تاء التأنيث تحذف فى النسبة .

(قوله أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه الصلاة والسلام) أقول : وأجاب العلامة النسفى فى الكافى بأنه غير ثابت ، فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضى الله عنها قالت : كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال الله تعالى ـ إنك لاتسمع الموتى ـ وما أنت بمسمع من فى القبور ـ ثم قال على أنه كان مخصوصا به اه . قال الزيلعى : ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء ، ونظيره ما روى عن على كرم الله وجهه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى المقابر قال : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، أما نساؤكم فقد نكحت ، وأموالكم فقد قسمت ، ودوركم قد سكنت ، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم » وكان يقول : سل الأرض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك ، فإن لم تجبك جوابا أجابتك اعتبارا . وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اه . وفيه بحث لأنه يرده تتمة القصة لو صحت .

(ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادى (فإن لم يعلم به لايحنث) لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف . وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح .

(باب اليمين فى تقاضى الدراهم)

لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا ، لأن مقصوده أن لايبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر . ولو باعه بأكثر لايحنث أيضا لأنه وإن وجد شرط الحنث لفظا لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل . ثم قال فخر الإسلام وغيره : هذا يعنى الحنث إذا كان فى الغضب ، أما إذا فعل فى الممازحة فلا يحنث ، ولو أدماها لكن لاعلى قصد الإدماء بل وقع الخطأ فى الممازحة باليد . وعن الفقيه أبى الليث أنه قال : هذا إذا كانت بالعربية ، أما إذا كانت بالفارسية لايحنث بمد الشعر والخنق والعض ، والحق أن هذا هو الذى يقتضيه النظر فى العربية أيضا إلا أنه خلاف المذهب (قوله ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث) لأنه لما علم بموته قبل حلفه والقتل إزالة الحياة بسبب عادى مخصوص لزم أنه عقد يمينه على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ، ثم يحنث فى الحال للعجز الحالى المستمر عادة) (وإن لم يعلم لايحنث) لأنه عقد يمينه لامحالة على إزالة الحياة القائمة فيه ، ولايتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبى يوسف وبينهما ، فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة ، وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لاكفارة لأنه لاحنث إذ لا انعقاد (قوله وليس فى تلك المسئلة) أى مسئلة الكوز (تفصيل بين العلم وعدمه) بل الحكم أنه لايحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر فى شرح الطحاوى حيث قال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لاماء فيه فحلف فقال إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز فامرأته طالق فإنه يحنث بالاتفاق . وعن أبى حنيفة رواية أخرى لايحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر . ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء فى هذا الكوز فحلف ينبغى أن تنعقد يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى فى الكوز وهو متصور ثم العجز الحالى المستمر يوجب حنثه ، بخلاف ما إذا لم يعلم أن فى الكوز ماء لأن يمينه انعقدت على ماء فى الكوز ، ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه .

(باب اليمين فى تقاضى الدراهم)

التقاضى المطالبة وهو سبب للقضاء وهى مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم

(باب اليمين فى تقاضى الدراهم)

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد فى المعاملات وغيرها أخر اليمين التى تتعلق بها وخص الدراهم

(باب اليمين فى تقاضى الدراهم)

(ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فهو على مادون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لأن ما دونه يعد قريبا ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ، ولهذا يقال عند بعد العهد مالقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضينّ فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف) لأن الزيافة عيب والعيب لايعدم الجنس ، ولهذا لو تجوّز به صار مستوفيا ،

بالذكر لأنها أكثر دورا فى المعاملات (قوله ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فإن أخره إلى الشهر حنث (وإن قال إلى بعيد) أو آجلا (فهو على أكثر من شهر وعلى الشهر أيضا ، ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحنث إلا بالموت إذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة إلى الموت ، فإن مات لأقل منه لاحنث عليه على مقتضى ماذكروا ،وقال الشافعى وأحمد : ليس فى يمين القريب والبعيد تقدير لأنه إضافى ، فكل مدة قريبة بالنسبة إلى ما بعدها وبعيدة بالنسبة إلى ما دونها ، ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر ، وإنما يحكم بحنثه إذا مات قبل أن يقضيه . وقلنا : هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الإضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت ، واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان . والعرف يعدّ الشهر بعيدا فإنه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الإطلاق وعدم النية يعتبر ذلك ، فأما إذا نوى بقوله إلى قريب وإلى بعيد مدة معينة فهو على مانوى ، حتى لو نوى بقوله إلى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت ، وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة ، وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقضينّ فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أى بعض الدراهم (زيوفا) وهى المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوّز التجار بها وإنما يردّه بيت المال (أو نبهرجة) وغشها أكثر من الزيوف يردّه من التجار المستقصى ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بدلها فى ذلك اليوم أولا (لأن الزيف عيب) وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور فى الكتاب غير عربى بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) فى الجنس (لايعدم الجنس) أى جنس الدراهم (ولهذا) أى ولكون وصف الزيافة لايعدم اسم الدراهم (لو تجوّز بها) فى الصرف : أى لو جعلت بدلا فى الصرف بالجياد أوجعلت رأس مال السلم صح مع أن الافتراق عن

بالذكر لكونها أكثر استعمالا ، ولقب الباب بالتقاضى والمسائل المذكورة فيه بالفظ القضاء والقبض والعدد لأن التقاضى سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه ، هذا ما قاله الشارحون . وأقول : جميع ما ذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسئلة ، والأصل فى هذا الباب أن الديون تقضى بأمثالها ، وأن العيب لايعدم الجنس ، وأن مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد . قال (ومن حلف ليقضينّ دينه) . تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (إلى قريب فهو ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره فى الكتاب ، وجعل الشهر أيضا بعيدا لأنه فى العرف يعدّ بعيدا ، وإن زاد فى التقاضى (فحلف ليقضينّ دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أونبهرجة أو مستحقة برّ فى يمينه) لما ذكره فى الكتاب . والزيف مايردّه بيت المال ، والنبهرج مايردّه التجار ، وسيأتى فى كتاب البيوع .

(قوله وأقول جميع ما ذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى) أقول : فلا وجه لقصر سببية التقاضى على القضاء والقبض لكونه مبنى العدد أيضا على ماذكره

١

فوجد شرط البرّ وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البرّ المتحقق (وإن وجدها رصاصا أو ستوقة حنث) لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتى لايجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم (وإن باعه بها عبدا وقبضه برّ فى يمينه) لأن قضاء الدين طريقه المقاصّة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به

غير قبض مفسد لهما ، فعرف أنهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبرّ فى اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز ، و إذا برّ فى دفع هذه المسميات الثلاثة ، فلورد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لايرتفع البرّ ، وإن انتقض القبض فإنما ينتقض فى حق حكم يقبل الانتقاض ، ومثاله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعتق فردّها مولى المكاتب بسبب أنها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لايرتفع العتق (ولو كانت رصاصا أوستوقة حنث) إذا انقضى اليوم ولم يردّ بدلها دراهم . والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سى توقه : أى ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (لأنها ليست من جنس الدراهم حتى لايتجوّز بها فى الصرف والسلم) ولايعتق المكاتب بأدائها ، فلو ردّها المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وإن باعه) أي إن باع الحالف المديون ربّ الدين الذى حلف ليقضينّ اليوم دينه فى اليوم المحلوف على قضائه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (برّ) المديون (فى يمينه) لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة . وهو أن يثبت فى ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لأنه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا ، فكذا هنا إذ لافرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبرّ فى يمينه بإعطاء العبد قصاصا وهو أن يثبت له فى ذمته ثمن العبد وله فى ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا . ثم البرّ وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أو لا ، حتى لو هلك المبيع فى يد المديون الحالف قبل قبض المشترى المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ، ولاينتقض البرّ فى اليمين وإنما نص عليه محمد تأكيدا للبيع ليتقرّر الدين على ربّ الدين ، لأن الثمن وإن وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ، ولوكان البيع فاسدا وقبضه ، فإن كانت قيمته تفى بالدين برّ وإلاحنث لأنه مضمون بالقيمة ، هذا إذا حلف المديون ، وكذا إذا حلف

وقوله (فوجد شرط برّه) يعنى قضاء دينه فى اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئا فأخذها المستحق بقى البيع صحيحا ، ولولم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن (ولا يرتفع برده) أى بردّ ماقضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة ، فإن مولى المكاتب إذا ردّ البدل لكونه زيفا أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لاينتقض العتق ، بخلاف قضاء الدين فإنه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت . قوله (وإن وجدها رصاصا) ظاهر . وقوله (لأن قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن مايقبضه ربّ الدين يصير مضمونا عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التمليك ، ولرب الدين على المديون مثله ، أى مثل ما فى ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول ، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة لأن قضاء الدين حقيقة لايتصوّر لأن القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين فى وصف فى الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بأمثالها . وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد فى الجامع الصغير ويقبضه . ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذى للمشترى عليه لأن ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لأنه على شرف السقوط بموته ،

(وإن وهبها له) يعنى الدين (لم يبر) لعدم المقاصّة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين ، (ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

ربّ الدين فقال إن لم أقبض مالى عليك اليوم أوإن لم أستوف . قال محمد (فإن وهبها له لم يبرّ) يعنى إذا وهب ربّ الدين الدراهم الدين فى اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبرّ المديون لأن شرط البرّ القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولأن فعل المديون والهبة فعل للدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر . قال فى الفوائد الظهيرية : وإذا لم يبرّ لم يحنث أيضا عندهما لفوات المحلوف عليه : يعنى تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم . وتقدم فى مسئلة الكوز أن بقاء التصوّر شرط لبقاء اليمين فى اليمين المؤقتة ، وهذه كذلك إذ الكلام هنا فى يمين موقتة ، وإن كان فى الجامع الصغير لم يذكر اليوم . واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع النقيضين لأن البرّ نقيض الحنث فلا يرتفعان ، وهذا غلط لأن النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما دائما هما فى الأمور الحقيقية كوجود زيد وعدمه ، أما فى الأمور الشرعية إذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعى فإنما يثبت حكمهما مادام السبب قائما ، وما نحن فيه منه ، فإن قيام اليمين سبب لثبوت أحد الأمرين لامحالة من الحنث أو البرّ شرعا . فإن فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبرّ كما هو قبل اليمين حيث لابرّ ولا حنث ، فإذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده ، وجميع ما أورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث فى مسئلة الكوز ، وقول الكرخى فى هذه المسئلة لم يحنث لافائدة فيه لأن عدم الحنث متفق عليه ، وإنما يفيده لو قالوا برّ ولم يحنث ، وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل . واعلم أن جواب هذه المسئلة : أعنى مسئلة الهبة مقيد بكون الحالف على يوم بعينه كما أشرنا إلى ذلك ، أما المطلقة بأن حلف ليقضينّ دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لأن التصور لايشترط بقاؤه فى اليمين المطلقة بل فى الابتداء ، وحين حلف كان الدين قائما فكان تصوّر البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة (قوله ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

فإذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان (وإن وهبها له) أى إن وهب الدائن دينه للمديون (لم يبرّ) الحالف (لعدم المقاصة) لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لأنها (إسقاط من صاحب الدين) وإنما قال لم يبرّ لأنه أعم من الحنث ، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبرّ ولم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين ، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة فى بطلان اليمين كما فى مسئلة الكوز على ماتقدم . قال بعض الشارحين : ولنا فيه نظر لأنه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين ، وهو فاسد بمرّة لأن البرّ نقيض الحنث ، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر ، فلا يجوز أن يرتفعا جميعا . وأقول : ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لايتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البرّ صار كغير الحالف من الناس فيجوز أن لايتصف بواحد منهما . وإذا تقاضى دينه فقال أقضيها منجما فحلف (لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

(قال المصنف : لأن القضاء فعله) أقول : فيه تأمل ، إلا أن يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين : ولنا فيه نظر) أقول : أراد الإتقانى .

لم يحنث حتى يقبض جميعه) لأن الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ، ألا يرى أنه أضاف القبض إلى دين معرّف مضاف إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به (فإن قبض دينه فى وزنين لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال إن كان لى إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث) لأن المقصود منه عرفا نفى مازاد على المائة ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لأن كل ذلك أداة الاستثناء .

لم يحنث) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه . فإذا قبضه حنث (لأن الشرط) أى شرط الحنث (قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض) المتفرّق (إلى كل الدين) حيث قال : لا أقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث إلا بتمامه متفرقا . غير أنه لوكان التفرق فى مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث إذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين إلا بعمل الوزن لأن المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة . بخلاف ما إذا تشاغل بعمل آخر لأنه به يختلف مجلس القبض على ماعرف ، ولأنه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى . والمسئلة فى الجامع الكبير موقتة هكذا إذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدى حرّ إن أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ مابقى حتى غابت الشمس لم يحنث لأن شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق . ولو قال إن أخذت منها اليوم منك درهمان دون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث . . لأن شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقا لأن كلمة من للتبعيض وقد وجد (قوله ومن قال إن كان لى إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين لم يحنث لأن المقصود منه عرفا نفى مازاد على المائة) فيصدق على الخمسين ، إذ يصدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة . وأما بالنظر إلى اللفظ فلا يصح إلا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه ؛ فإن معنى اللفظ ليس لى مال إلا مائة فالمائة مخرجة من نفى المال فإذا قلنا إن المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بأنها فى ملكه بل ولا متعرضا لها بإثبات بوجه من الوجوه ؛ وهذا قول طائفة من المشايخ . وأما على جعله مثبتا بطريق الإشارة كما هو قول طائفة أخرى ، أو على أن الاستثناء من النفى إثبات وهو مختارنا ، وصرح به المصنف فقال : الاستثناء من النفى إثبات فى هذا الكتاب فيحنث لفظا لأنه حلف على أن له مائة . وأما قول المصنف (ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فظاهره

لم يحنث حتى يقبض الجميع) متفرقا لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه ، وهو اسم لكل ماله عليه (فينصرف إليه) والمركب ينتفى بانتفاء جزئه ، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث ، وههنا إن فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع . وقوله (فإن قبض دينه فى وزنين) ظاهر . ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال (إن كان لى إلا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث) لما ذكره فى الكتاب . قوله (ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) يعنى فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لأن الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لم يحنث

(قوله لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق) أقول : فيه بحث ، إلا أن يعتبر الجزء الآخر وصف التفرق فالأولى تبديل الباء بالواو (قوله إن فات عدم التفرق الخ) أقول : الذى هو أحد الجزءين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول : الذى هو الجزء الآخر (قال المصنف : ولأن استثناء المائة) أقول : فيه بحث ، إلا أن يكون المراد بالإشارة إلى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتأمل .

[مسائل متفرقة] (وإذا حلف لايفعل كذا تركه أبدا) لأنه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة برّ فى يمينه) لأن الملتزم فعل واحد غير عين ، إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأىّ فعل فعله . وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل .

أنه وجه مقابل لقوله لأن المقصود منه عرفا الخ وهو أن يكون مدلولا له ومعلوم أن إخراجها ليس إلا من النفى ، وحاصله إخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك ، فلو صح كان الحالف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعوّل عليه إلا وجه العرف ، بخلاف مالوا دعى أنه أعطى زيد مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى إلا خمسين فقال إن كنت أعطيته إلا مائة فإنه يحنث بالأقل ، وكذا إذا اختلف فى قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال إن كان لى عليه إلا مائة فهذا لنفى النقصان لأنه قصد بيمينه الرد على المنكر . وفى الجامع الصغير : عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين فملك عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى ، ولو ملك زيادة على الخمسين إن كان من جنس مال الزكاة حنث وإلا لا ؛ ألا ترى أنه لو قال مالى صدقة ينصرف إلى مال الزكاة أو حلف مالى مال لايحنث إلا بمال الزكاة . وفى خزانة الأكمل: لو قال امرأته طالق إن كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث ، والمسئلة تأتى إن شاء الله تعالى .

[مسائل متفرقة] أى هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الإشارة لأمر حاضر فى الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الإشارة على ظاهرها ، والظاهر الأول لأن المعتاد تقدم الترجمة ، فإن من عادة المصنفين أن يذكروا لما شذ عن الأبواب هذه الترجمة ونحوها (قوله وإذا حلف لايفعل كذا تركه أبدا لأنه نفى الفعل فعم الامتناع) فى جميع الأوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفى) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى فى جميع الأوقات ثابتا (وإن حلف ليفعلن كذا برّ بالفعل مرة واحدة لأن الملتزم فعل واحد غير عين ، إذ المقام مقام الإثبات فيبرّ بأى فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره ، وإذا لم يفعل لايحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصى بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث ، هذا إذا كانت اليمين مطلقة كما أريناك ، فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه فى هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضىّ الوقت عندهما على ماسلف فى مسئلة الكوز خلافا لأبى يوسف ، ولو مات الحالف قبل

[مسائل متفرقة] أى هذه المسائل التى أذكرها مسائل متفرقة . ومن دأب المصنفين ذكر ماشذ من الأبواب فى آخر الكتاب (وإذا حلف لايفعل كذا تركه أبدا) اليمين على فعل الشىء أو تركه لاتخلو إما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة ، فإن كان الثانى وهو المذكور فى الكتاب ، فإن كان على الترك تركه أبدا ، وإن كان على الفعل برّ بفعله مرة على أىّ وجه كان ناسيا أو عامدا مختارا أو مكرها أو بطريق التوكيل ، لأن الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء ، وهو منكر لعدم الحاجة إلى التعريف ، والنكرة فى سياق النفى تعم فيوجب عموم الامتناع ، وفى الإثبات تخص ، فإن فعله فى صورة النفى مرة حنث ، وإن فعله فى صورة الإثبات مرة برّ (وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فإن كان الأول ولم يذكره فى الكتاب فإنه لايحنث فيه قبل مضى الوقت وإن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لأن الوقت مانع من الانحلال ، إذ لو

(مسائل متفرقة) (قوله كان الإعلام واجبا حال ولايته خاصة الخ) أقول : ولو حكم بانعقاد هذه الفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة إلى زجره ودفع شره ، فالداعى يوجب التقييد بالفور فور علمه به .

(وإذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لأن المقصود منه دفع شرّه أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ فى يمينه) خلافا لزفر فإنه يعتبره بالبيع

مضيه لاحنث عليه ولا كفارة . ولو جنّ الحالف فى يومه حنث عندنا خلافا لأحمد (قوله وإذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ، ومنه دعر العود يدعر بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المضارع إذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل لايلزمه إخباره بعد ذلك ، هو قول الشافعى ورواية عن أحمد وهذا التخصيص فى الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شرّه أو شرّغيره بزجره ، لأنه إذا زجر داعر انزجر داعر آخر كما قال تعالى ـ ولكم فى القصاص حياة ـ وهذا لايتحقق ، إلا فى حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) وإذا سقطت اليمين لاتعود ولو عاد إلى الولاية . وعن أبى يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا ، وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد . وفى شرح الكنز أيضا : ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لايحنث فى اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت موقتة فيحنث بمضى الوقت مع الإمكان اهـ . ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شرّه ، فالداعى يوجب التقييد بالفور :أى فور علمه به . وعلى هذا لو حلف ربّ الدين غريمه أو الكفيل أن لايخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع ، وكذا لاتخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية . وإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لاتعود اليمين بعودهما . بخلاف ما لو حلف لاتخرج امرأته من الدار فإنه لايتقيد به . إذ لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الإذن ، وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا ، وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوّجها بغير إذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوّج بغير إذنها طلقت لأنه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لوكانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليهبنّ عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ فى يمينه) الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع

انحل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (وإذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر) أى مفسد خبيث من الدعارة وهى الخبث والفساد (دخل البلد كان الإعلام واجبا حال ولايته خاصة) وليس يلزم الإعلام حال دخوله ، وإنما يلزمه أن لايؤخر الإعلام إلى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية (لأن المقصود منه) أى من الإعلام (دفع شرّه) أى شرّ نفس الداعر (أو شرّ غيره بزجره) فإن الوالى إذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لوكانت فى قصده أو نيته ، وهذا المقصود إنما يفيد فائدته إذا كان الوالى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لامحالة (وكذلك بالعزل فى ظاهر الرواية) وإنما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يجب الإعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضا لأنه مفيد فى الجملة . وقوله (ومن حلف أن يهب) على ماذكره فى الكتاب واضح ، واختلف أصحابنا فى ثبوت الملك قبل القبول ، فمنهم من

لأنه تمليك مثله . ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع ولهذا يقال وهب ولم يقبل . ولأن المقصود إظهار السماحة وذلك

بإزاء الإيجاب والقبول معا ، وفى عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية . وقال زفر : هى كالبيع . وفى البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع ، فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشترى والمستأجر لأن إقراره بالبيع تضمن إقراره بالإيجاب والقبول ، وقوله لم تقبل رجوع عنه ، وكذا على عدم الحنث إذا حلف لايبيع فأوجب فقط ، وعلى الحنث إذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط. ووقع الخلاف فى ذلك لو كان بلفظ الهبة، فعندنا يبرّ بالإيجاب، وعنده يحنث. ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع (لأنه) أى عقد الهبة (تمليك مثله) حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو : أى عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب فى البيع ، ثم لايشترط القبض فى رواية عنه بل بمجرد إيجاب الهبة والقبول من الآخر برّ لتمام السبب . وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار . وفى رواية أخرى عنه : يشترط معه القبض فلا يبرّ حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر . قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع) أى الهبة اسم للتبرّع ، فإذا تبرّع وجد المسمى فيحنث ، ولا يراد تمامه سببا للملك إلا على مانقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول ، إلا أن بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لأنه لا معوّل ولا عمل على هذا ، بل لابد من القبول لتمام العقد فكان فى احتياجه إلى القبول فى تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع . والحاصل أنه إنما يتم به ماهو من جهته وهو التمليك ، وبهذا القدر لايدخل فى ملك الآخر وإن كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع فى هذا القدر ، وحقيقة الخلاف إنما هو فى تعيين مسميات شرعية لألفاظ هى لفظ البيع والهبة وأخواتهما ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالنقل أو الاستدلال ، فلما كان عند إطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الإيجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ، ثم وقع النزاع فى اسم الهبة فقال زفر هو كذلك . واستدل الأصحاب بالنقل وهو مافى الصحيحين من قول ابن عباس « أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالأبواء أو بودّان فردّه عليه، فلما رأى ما فى وجهه قال إنا لم نردّه عليك إلا أنا حرم » فقد أطلق اسم الإهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه ردّه عليه . ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل ، وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهداية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أو لا . واستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شىء منهما بلازم لأن غاية مافيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الإيجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ، ونحن لاننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع ، وكونه ظهر فى موضع أنه استعمل فى مجرد الإيجاب بقرينة لايفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقى الذى يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة . ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل

قال بثبوته إلا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ، ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول ، بخلاف البيع والإجارة وكل عقد فيه بدل لأنه

(قوله فلا يمكن دفع الضرر) أقول: أى ضرر المنة.

يتم به ، أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف

فى الجزء . فلودل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الإيجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الإيجاب والإثبات . وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضى الله عنهما : كنت نحلتك عشرين وسقا من مال العالية وإنك لم تكونى حزتيه . فسماه نحلى قبل القبض ، فإنما ينتهض على إحدى روايتى زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضا ، ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الإيجاب والقبول ، والقبض شرط الحكم لامن تمام السبب ومسمى اللفظ . وأما الوجه القائل إن المقصود من الهبة إظهار السماحة وهو يتم بالإيجاب : يعنى فالظاهر أن الاسم بإزاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفى أنه غير لازم ، وإلا كانت أسماء الأمور التى لها غايات أسماء لتلك الغايات. وأيضا فقصد الإظهار للسماحة هو عين المراءاة ، ولا ينبغى حمل فعل جميع العقلاء عليه ، بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الأجنبى ، وهذا أليق أن يجعل مقصودا للعقلاء فيجب الحمل عليه ، وعلى اعتباره لايتحقق الوصول إلا بمجموع القبول والإيجاب . وأقرّ بها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف . والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وإن كان تمام السبب يتوقف على شىء آخر . فهو اسم لجزء السبب إن سلم هذا . وعلى هذا الخلاف القرض . وعن أبى يوسف أن قبول المستقرض لابد منه فيه لأن القرض فى حكم المعاوضة ، فلو قال أقرضنى فلان ألفا فلم أقبل لايقبل قوله . ونقل عن أبى حنيفة فيه روايتان . والإبراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض . والهبة لأنه تمليك بلا عوض ، ولهذا ذكر فى الجامع أن فى القرض والإبراء قياسا واستحسانا . وقال الحلوانى فيهما كالهبة . قيل والأشبه أن يلحق الإبراء الهبة لعدم العوض ، والقرض بالبيع للعوض . واعلم أن الإبراء له شبهان : شبه بالإسقاط لأن الدين وصف فى الذمة لاعين مال ، فباعتباره قلنا لايتوقف على القبول . وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله إلى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه فى باب الزكاة ، ولهذا قلنا يرتدّ بالرد ولا يقبل التعليق ، ولا يعلم خلاف فى أن الاستقراض كالهبة .

[فروع] حلف لايوصى بوصية فوهب فى مرض الموت لايحنث ، وكذا لو اشترى أباه فى مرضه فعتق عليه ، ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها برّ ، ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لايتمكن من قبضه لأنها صارت ملكا للورثة . وفى شرح الجامع الكبير للعتابى أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لايشترط فيها القبول من الآخر . ولو قال لعبد إن وهبك فلان منى فأنت حرّ فوهبه منه إن كان العبد فى يد الواهب لايعتق سامه إليه أولا . وإن كان وديعة فى يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتكه لايعتق قبل أو لم يقبل ، وإن بدأ الموهوب له فقال هبه منى فقال وهبته منك عتق . ولو حلف لايهب عبده من فلان فوهبه له أجنبى فأجاز الحالف الهبة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد . ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث . حلف لايستدين دينا فتزوّج لايحنث . ولو حلف لايشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لاالأب لأنه لاربح للأب فى المال ، وتنعقد يمين نفى الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة فى التجارات دون الأعيان ، فلو اشتريا عبدا لم يحنث ، بخلاف ما لو قال : لايكون بينى وبينه شركة فى شىء حيث يحنث ، بخلاف مالو ورثا شيئا لايحنث لأنه لم يشاركه مختارا إنما لزمه حكما أحب أو كره (قوله ومن حلف

تملك من الجانبين فكان تمامه بهما (ومن حلف

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لايحنث) لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق (ولو حلف لايشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبنى عليه

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لم يحنث) ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى هذه هى اللغة الفصيحة المشهورة . وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة . ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود ، فلو حلف لايشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة إلى دماغه . وفى المغرب : الريحان كل ما طاب ريحه من النبات . وعند الفقهاء : ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه . وقيل فى عرف أهل العراق اسم لما لاساق له من البقول مما له رائحة مستلذة . وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره فى المبسوط لأنه قال تعالى ـ والنجم والشجر يسجدان ـ ثم قال ـ والحب ذو العصف والريحان ـ ولأن الريحان إنما يطلق على ماينبت من بزره مما لاشجر له ولعينه رائحة مستلذة ، وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة إنما الرائحة للزهر خاصة ، هذا والذى يجب أن يعوّل عليه فى ديارنا إهدار ذلك كله لأن الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم ، وأما كون الريحان الترنجى منه فيمكن أن لايكون لأنهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجى ، وعندنا يطلقون اسم الريحان لايفهم منه إلا الحماحم فلا يحنث إلا بعين ذلك النوع (قوله ولوحلف لايشترى بنفسجا فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقه . وذكر الكرخى أنه يحنث به أيضا بعموم المجاز ، وهذا مبنى على العرف فكان فى عرف أهل الكوفة بائع الورق لايسمى بائع البنفسج وإنمايسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به فى أيام الكرخى فقال به ، وأما فى عرفنا فيجب أن لاينعقد إلا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما قال فى الورد والحناء إن اليمين على شرائهما ينصرف إلى الورق لأنهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه فى البنفسج .

[فروع متفرقة الأصناف] إذا حلف على الدجاج نفيا أو إثباتا وكذا الحمل والإبل والبعير والجزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والأنثى والتاء للوحدة ، قال قائلهم :

لما مررت بدير هند أرّقنى صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لايحنث لأنه اسم لما لاساق له ولهما ساق) قيل هذا تفسير الإمام فخر الإسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف ، وفيه نظر لأنه لم يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا . وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له أن لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت فى اللغة ، على أن نفيه فى اللغة يتوقف على الاستقراء التام فى أوضاع اللغة وهو متعذر . وقيل فى الضابط بين الورد والريحان أن ماينبت من بزره مما لاشجر له ولعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان ، وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد (ومن حلف لايشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبنى عليه) أى على البيع وهذا فى عرف أهل الكوفة

(قوله قيل هذا تفسير الإمام الخ) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى (قوله وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له الخ) أقول : يعنى اسم لما لاساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه ، وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه (قوله اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت فى اللغة) أقول : المعتبر فى الأيمان ماهو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء .

وقيل فى عرفنا يقع على الورق (وإن حلف على الورد فاليمين على الورق) لأنه حقيقة فيه والعرف مقرر له ، وفى البنفسج قاض عليه .

والصوت إنما هو للدياك ، وفى الحديث « فى خمس من الإبل شاة » وعن أبى يوسف البقرة : لاتتناول الثور وليس بذلك ، والثور والكبش والدياك للذكر ، والبرذون للعجمى ، والبقر لايتناول الجاموس للعرف . حلف لايفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث ، وإن لم يذكر حرف النفى فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث . حلف لايأكل مما يجىء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ، ذكرها فى فتاوى قاضيخان . وعلى هذا يجب فى مسئلة الحلف لايأكل لحما فأكل من مرقه أنه لايحنث أن يقيد بما إذا لم يجد طعم اللحم . حلف لايشرب حراما من هذا الجنس فقاء وشرب قيأه لايحنث . قال لعبده إن سقيت الحمار فأنت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لأنه سقاه لكنه لم يشرب . حلف لايشرب عصيرا فعصر عنقودا فى حلقه لايحنث ، ولو عصره فى كفه فحساه حنث ، أما لو قال لايدخل حلقى حنث فيهما . وفى الفتاوى : هذا فى عرفهم ، أما عرفنا فينبغى أن لايكون حانثا لأن ماء العنب لايسمى عصيرا فى أول ما يعصر . حلف على امرأته لاتسكن هذه الدار وهى فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهى معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط . قال الفقيه : وبه نأخذ . قال الصدر الشهيد : فرق بين هذا وبين مالو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فإنه يحنث . ولو قال لامرأته وهى فى بيت والدها إن لم تحضرى الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث . قال الصدر الشهيد : هذا فى فتاوى الفضلى ، وذكر بعد هذا أنه لايحنث ، قال : والأصح أنه يحنث ، ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل ، وذلك لأن الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالإكراه وغيره ، ولا يجعل المعدوم موجودا وإن وجد العذر اهـ . يعنى وقد أكرهت على السكنى وهو فعل ، والمكره على الفعل لايضاف الفعل إليه فلا يحنث ، وقد صرح بجواب الشيخ أبى بكر محمد بن الفضل فيمن قال إن لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياما أنه يحنث وهو الصحيح . وفى الخلاصة : لو قال لامرأته إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلا فهى معذورة حتى تصبح . ولو قال الرجل لم يكن معذورا هو الصحيح إلا لخوف لص وغيره وهذا ماسلف الوعد به . كل عبد لى حر وله عبد بينه وبين غيره لايعتق لانصرافه إلى التام ، ومثله لا آكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لايحنث لو أكل منه ، ويعتق عبده المأذون وإن كان عليه دين ، ولا يعتق عبد عبده المأذون عند أبى حنيفة إذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وإن نوى المولى عتقهم ، وإن لم يكن عليه دين إن نواه عتق وإلا فلا ، وعند أبى يوسف إن نواه عتق وإلا فلا كان عليه دين أولا . وقال محمد عتقوا جميعا فى الأحوال كلها . قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فإن لم يفعل

(وقيل فى عرفنا يقع على الورق ، وإن حلف على الورد فاليمين على الورق ، لأنه) أى الورد (حقيقة فيه) أى فى الورق (والعرف مقرر له) أى لوقوع اليمين على الحقيقة : يعنى أن اسم الورد على الورق حقيقة ، وفى العرف أيضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة (وفى البنفسج قاض عليه) أى غالب راجح : يعنى أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعى لاعلى دهنه ، ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه إلى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا فى اسم البنفسج على حقيقته . . . .

المخاطب حنث وإن أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على واحد منهما إذا لم يفعل . ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ إلا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضا . ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدى وإن نواه . اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو أقل من منّ وحلفت عليه فقال إن لم يكن منا فأنت طالق فإنه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة . حلف لايأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا نفقة فأكل منه حنث لأنه باق على ماكه . قال القاضي الإمام : هذا إذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك ، أما إذا أفرز قدرا من الدقيق وأعطاها إياه صار ماكا لها فلا يحنث . قال في الخلاصة : وفي الفتاوى : حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لايحنث لأن كلا منهما آكل من مال نفسه في العرف ، وفيه نظر . قال : قلت للقاضي الإمام : لوكان أحد الشركاء صبيا لايجوز هذا ، ولو كان كل واحد آكلا من مال نفسه ينبغي أن يجوز ، قال : نعم استصوبني ولكن لم يصرح بالخلاف اه . وأقول : الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لاحقيقة ، وعلى العرف تبتنى الأيمان فلم يحنث ، وعدم جواز التناهد مع الصبي لأنه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضا . وفي الخلاصة : حلف لايأكل من خبز فلان فأكل خبزا بينه وبين فلان يحنث . وقال في مجموع النوازل : لايحنث لأنه أكل حصته . ولو حلف لايأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل إن لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لايحنث وإلا حنث . ولو حلف لايأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث . في مجموع النوازل : وكذا دار بين أختين قال زوج إحداهما إن دخلت إلا في نصيبك فأنت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لايحنث لأنها مادخلت في غير نصيبها . ولو حلف لايدخل دارا لفلان فدخل دارا بينه وبين غيره لايحنث . ولو حلف لايزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنث لأن نصف الأرض يسمى أرضا ونصف الدار لايسمى دارا . ولو حلف لايأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث . ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث . ولو حلف لايأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث . ولو حلف لايأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث . وفي الأصل لو حلف لايأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث إلا إذا نوى شراءه وحده ، بخلاف مالو حلف لايلبس ثوبا اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لأن الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض . ومثله لايدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لايحنث . وفي مجموع النوازل : امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها إكراز ترديايكي تو بحرم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث . قال صاحب الخلاصة : وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لايحنث . صورتها في الفتاوى : حلف لايأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن للحالف فاشترى به شيئا فأكله لايحنث . قال وهذا أصح من الأول . وفي الجامع الصغير : لو قال إن أكلت اليوم إلا رغيفا أو إن تغديت برغيف فعبدي حرّ فأكل رغيفا ثم أكل بعده تمرا أو فاكهة حنث . وفي فتاوى قاضيخان : حلف لايأكل اليوم إلا رغيفا فأكل رغيفا مع الخل أو الزيت أو اللبن لايكون حانثا لأن الاستثناء يقتضي المجانسة

المعنى المطلوب ، وهذه الأشياء لاتجانس الرغيف فى المعنى المطلوب وهو الأكل وهذا خلاف الأول . ولو قال إن أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة . وفى الفتاوى : حلف لايأكل هذه الخابية التى فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الأكل بيع فباع النصف لايحنث . ولو حلف لايأكل هذه البيضة لايحنث حتى يأكل كلها وكذا فى البيضتين . ولو حلف لايأكل هذا الشىء كالرغيف مثلا فأكل بعضه قال أبو بكر الإسكاف : إن كان شيئا يمكنه أن يأكله كله فى مرة لايحنث بأكل بعضه . وقال بعضهم : إذا أكل بعض مالايمكن أن يأكل كله فى مجلسه يحنث فى يمينه وهو الصحيح . وقال محمد : كل شىء يأكله الرجل فى مجلس واحد أو يشربه فى شربة واحدة فالحلف على جميعه لايحنث بأكل بعضه . لكن فى الفتاوى للقاضى : حلف لايأكل هذا الرغيف فأكل وبقى منه شىء يسير يحنث ، فإن نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يصدق فى القضاء فيه روايتان اهـ . وكأن المراد أن يترك شيئا قليلا جدا بحيث لايقال إلا أن فلانا أكل جميع الرغيف لقلة المتروك وإلا فقد سمعت ماذكره محمد ونص فى غير موضع أنه إذا حلف لايأكل هذا الرغيف لايحنث بأكل البعض . وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علىّ حرام حنث بأكل لقمة منه . قال فى فتاوى قاضيخان : قال مشايخنا : الصحيح أنه لايكون حانثا ، لأن قوله هذا الرغيف علىّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف . ولو قال هكذا لايحنث بأكل البعض . قال إبراهيم : سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فلله علىّ أن أتصدق بدرهم فأكل فعليه فى كل لقمة من اللحم فى كل نفس من الماء درهم . حلف لايكلم فلانا وفلانا لايحنث حتى يكلمهما إلا أن ينوى الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما ، أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دوكس سخون نكويم ونوى واحدا لاتصح نيته ، ذكره فى المحيط . قال : وينبغى أن تصح لأن المثنى يذكر ويراد به الواحد ، فإذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اهـ . فهو مقيد بما إذا كان فيه تغليظ على نفسه . ولو قال فلانا أو فلانا حنث بأحدهما ، وكذا لو قال فلانا ولا فلانا . وفى مجموع النوازل : لا أكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام ، ولو قال لا أكلمه لايوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام . حلف لايشرب من دار فلان فأكل منها شيئا قال محمد بن سلمة : يحنث لأن المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع المأكولات ، وقال غيره : لايحنث فى يمينه إلا أن ينوى جميع المأكولات والمشروبات ، أما لو قال بالفارسية فلا شك فى تناول المأكول والمشروب . حلف لايغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وإن لم يغتسل لأن اليمين انعقدت على الجماع كناية . ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضا إذا اغتسل لأنه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث ، كما لو حلف لايتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث . ولو حلف لايحل تكته على امرأته إن أراد أنه يجامع صح وهو مول ، وإن لم يرد إن فتح سراويله للبول ثم جامعها لايحنث ، لأن فتح سراويله عابها أن يفتح لأجل جماعها ، وإن فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا : ينبغى أن يكون حانثا لوجود شرط الحنث . ولو حلف لايحل تكته فى الغربة فجامع من غير حل التكة إن نوى عين حلها لايحنث وصدق قضاء ، وإن لم ينو يحنث ، ونحو هذا قوله إن اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فأنزل قالوا يرجى أن لايكون حانثا ويكون يمينه على الجماع . وعلى هذا الأصل لو حلفت لاتغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار :

كتاب الحدود

أرجو أن لاتحنث . قال الفقيه أبو الليث : لأن قولها كناية عن الجماع ، فإذا كانت مكرهة عليه لاتحنث . ولو قال لها عند إرادته الجماع إن لم تمكنيني أو لم تدخلي معي فى البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة إن كان بعد سكون شهوته حنث وإلا لا . وفى الجامع الكبير : حلف لايجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لايحنث ، فإن قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما . ولوقال لامرأته إن فعلت حراما فى هذه السنة فأنت طالق ثلاثا فهذا على الجماع . فإن علمته بأن فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لأنه شهادة على الزنا والزنا لايثبت إلا بذلك ، ولو أقر لها كفى مرة لايسعها المقام معه ، فإن جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم ، فإن حلف وسعها المقام معه . قلت : فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما إذا علمت أنه طلقها ثلاثا يقينا ثم أنكر فإنها لاتمكنه أبدا ، وإذا لم تستطع منعه عنها لها أن تسمه . ولو قال لها بالفارسية اكرتو باكسى حرام كنه فأنت طالق فأبانها فجامعها فى العدة طلقت عندهما لأنهما يعتبران عموم اللفظ ، وأبو يوسف يعتبر الغرض ، فعلى قياس قوله لايحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ، ذكره فى الخلاصة وغيرها . ولو قال الآخر إن فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة : إن لم يفعل على فور فعله حنث . حلف لايعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولايعرف اسمه ، فنى البالغ لايحنث لأن معرفة البالغ كذلك ، ويحنث فى الصغير ، وعليه فرّع مالو ولد لرجل ولد فأخرجه إلى جار له ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لايعرف هذا الصبىّ يحنث . ولو تزوّج امرأة ودخل بها ولا يدرى اسمها فحلف أنه لايعرفها لايحنث ، وكذا لو حلف أنه لايعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لايحنث إلا أن يعنى به معرفة وجهه فيحنث لأنه شدّد على نفسه . ولو حلف لايفعل مادام فلان فى هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لايحنث . حلف لاترك فلانا يفعل كذا كلا يمرّ أو لايذهب من هنا أو لايدخل يبرّ بقوله له لاتفعل لاتخرج لاتمرّ أطاعه أو عصاه ، والله تعالى الموفق للصواب .

(كتاب الحدود)

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهى دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التى هى عقوبات محضة اندفاعا إلى بيان الأحكام بتدريج ، ولولا مايعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان

(كتاب الحدود)

لما فرغ من ذكر الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة . ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع فى العالم وتحفظ النفوس والأعراض والأموال سالمة عن الابتذال . وأما سببها فسبب كل منها ماأضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما . وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الأصلى

(كتاب الحدود)

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول : فى العبارة نوع ركاكة

. . . .

إيلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الإفطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ماعرف ، بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة ، لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج ، فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالأجنبي مايبعد بين الأخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك ، لكنه قال « بني الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله » الحديث ، ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان ، لأن الفقيه وغيره يستوى فى معرفة أنها للامتناع عن الأفعال الموجبة للفساد ؛ فنى الزنا ضياع الذرية وإماتها معنى بسبب اشتباه النسب ، ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرآء وغيره ، ولذا ندب عموم الناس إلى حضور حده ورجمه . وفى باقى الحدود زوال العقل وإفساد الأعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الأمور مركوز فى العقول ولذا لم تبح الأموال والأعراض والزنا والسكر فى ملة من الملل وإن أبيح الشرب ، وحين كان فساد هذه الأمور عاما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص ، فإن حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة . ولذا قال المصنف : والمقصود من شرعيته للانزجار عما يتضرر به العباد ، والعبارة المشهورة فى بيان حكمة شرعيتها الزجر إلا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف إلى قوله الانزجار ، إلا أن قوله والطهارة ليست بأصلية إلى آخره : أى الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الأصل من الانزجار وهو خلاف المذهب ، فإن المذهب أن الحد لا يعمل فى سقوط إثم قبل سببه أصلا ، بل لم يشرع إلا لتلك الحكمة ، وأما ذلك (١) فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما فى البخارى وغيره « إن من أصاب من هذه المعاصى شيئا فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له ، ومن أصاب منها شيئا فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه » واستدل الأصحاب بقوله تعالى فى قطاع الطريق - ذلك - أى التقتيل والصلب والنفى بأن - لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا - فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية ، إلا من تاب فإنها حينئذ تسقط عنه العقوبة الأخروية . وبالإجماع للإجماع على أن التوبة لاتسقط الحد فى الدنيا ، ، ويجب أن يحمل الحديث على ما إذا تاب فى العقوبة لأنه هو الظاهر ، لأن الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الأدلة وتقييد الظنى عند معارضة القطعى له متعين ، بخلاف العكس ، وإنما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فأداه بعبارة غير جيدة ، ولذا استدل عليه بشرعيته فى حق الكافر ، ولا طهرة فى حقه من الذنب بالحد : يعنى أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه إن وجد ، ولم تتحقق فى حقه لأن التوبة عبادة وهو ليس من أهلها . وأما من يقول إن الحد بمجرده يسقط إثم ذلك السبب الخاص الذى حد به ، فإن قال إن الحد لايسقط عن الكافر يحتاج إلى دليل سمعى فى ذلك إذ السمع إنما يوجب لزوم عقوبة الكفر فى حقه لابتضاعف عذاب الكفر عليه ، فإذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها إذا حد بمنزلة ما إذا لم يفعلها فلا يضم إلى عذاب الكفر عذاب تلك

من شرعه وهو الحكم فقد ذكره فى الكتاب .

---

(١) (قول الكمال وأما ذلك) أى كون الطهرة مقصودة من الحد قصدا تبعيا للزجر كذا بهامش اه .

قال : الحد لغة : هو المنع ، ومنه الحداد للبواب . وفى الشريعة : هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لايسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير . والمقصد الأصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد ، والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر .

المعصية إذا حد بها الكافر إلا أن يدل دليل سمعى على ذلك ، وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشىء لجواز التكفير بما يصيب الإنسان من المكاره والله أعلم .

ثم تحقيق العبارة ماقال بعض المشايخ إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده : أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان :

إلا سليمان إذ قال الإله له ... قم فى البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطأ فى القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه ، كذا ذكره الأعلم فى شرح ديوانه ، وكل مانع شىء فهو حادّ له ، وحداد إذا صيغ للمبالغة . ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وإن كان البيت الذى استشهد به لايفيدُ ، وهو قوله :

يقول لى الحـــداد وهو يقودنى ... إلى السجن لاتجزع فما بك من باس

فإنه لايلزم كون القائل الذى كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله إليه فإنه حداد له إذ يمنعه من الذهاب إلى حال سبيله ، وللخمار حداد لمنعه الخمر فى قول الأعشى :

فقمنا ولما يصح ديكنا ... إلى جونة عند حـــدادها

وسمى أهل الاصطلاح المعرّف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه . وفى الشرع قال المصنف : هو العقوبة المقدرة حقا لله ، فلا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ماعليه عامة المشايخ ، وهذا لأن المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لاينحصر فى الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتى إن شاء الله تعالى ، وهذا الاصطلاح هو المشهور . وفى اصطلاح آخر لايؤخذ القيد الأخير فيسمى القصاص حدا . فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا ، غير أن الحد على هذا قسمان : مايصح فيه العفو ، وما لايقبله . وعلى الأول الحد مطلقا لايقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم ، وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فإنها طلب ترك الواجب ، ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع فى المخزومية التى سرقت فقال « أتشفع فى حدّ من حدود الله » وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه ، وممن قال به الزبير بن العوام وقال : إذا بلغ إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا ، وهذا لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت . فالوجوب لايثبت

وقوله (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به إفساد الفرش وإضاعة الأنساب وإتلاف الأعراض والأموال ، وكلامه يشير إلى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلى يتحقق بالنسبة إلى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد . وغير أصلى وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة إلى من يجوّز زوال الذنوب عنه لابالنسبة إلى الناس كافة ، ولهذا شرع فى حق الكافر الذى ولا يطهر عن ذنبه بإجراء الحد عليه .

قال (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) والمراد ثبوته عند الإمام لأن البينة دليل ظاهر . وكذا الإقرار لأن الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة . والوصول إلى العلم القطعي متعذر . فيكتفى بالظاهر .

بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والإقرار) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى ، بخلاف السرقة فإنها لاتكثر كثرته ، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية . والزنا مقصور فى اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التى جاء بها القرآن ، قال الله تعالى ـ ولا تقربوا الزنا ـ وتمدّ فى لغة نجد ، وعليها قال الفرزدق :

أبا طاهـــر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير . والخرطوم من أسماء الخمر . قال : والمراد ثبوته عند الحكام . أما ثبوته فى نفسه فبإيجاد الإنسان للفعل ، لأنه فعل حسى . وسيذكر المصنف تعريف الزنا فى باب الوطء الذى يوجب الحد وهناك نتكلم عليه . وخص بالبينة والإقرار لنفى ثبوته بعلم الإمام ، وعليه جماهير العلماء ، وكذا سائر الحدود . وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعى أنه يثبت به وهو القياس ، لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام . قلنا : نعم . لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى ـ فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ـ ونقل فيه إجماع الصحابة ، وقول المصنف لأنها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والإقرار فإنها يثبت بها غير مفتقر إلى هذا المعنى . وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر ، وهو فى البينة وفى الإقرار أظهر لأن الإقرار بسبب الحد يستلحق مضرة فى البدن ومعرّة فى العرض توجب نكاية فى القلب فلم يكن

قال (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) الزنا يمد ويقصر ، فالقصر لغة أهل الحجاز . والمد لأهل نجد . قال الفرزدق :

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكّرا

يخاطب رجلا يكنى أبا حاضر . والخرطوم الخمر ، والمسكر بفتح الكاف المخمور . وتفسيره فى الشرع قضاء المكلف شهوته فى قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لاشبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك . واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا ، ولهذا يثبت به الغسل ، والمكلف ليخرج الصبى والمجنون ، والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما إذا وطئ امرأة تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه ، وبشبهة ملك اليمين ، ما إذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون . وبشبهة الاشتباه ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له . والزنا يثبت بالبينة والإقرار . قال المصنف (والمراد ثبوته عند الإمام) وإنما قال كذلك لأن الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق فى الخارج وإن لم يكن هناك لابينة ولا إقرار ، وإنما انحصر فى ذلك لأنه لايظهر ثبوته بعلم القاضى لأنه ليس بحجة فى هذا الباب وكذلك فى سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى ـ فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ـ وقوله (معرّة ومضرّة) المضرّة ضرر ظاهر على

(قوله وتفسيره فى الشرع الخ) أقول : تفسير الزنا العام لما يوجب الحد وما لايوجبه (قوله وشبهتهما الخ) أقول : ليعم الزنا اللتى لايوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول : تعريف لزنا المرأة (قوله إشارة) أقول : وجه الإشارة منظور .

قال (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى ـ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ وقال الله تعالى ـ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ـ وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف امرأته « ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك » ولأن فى اشتراط الأربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب إليه والإشاعة ضده

الإقدام عليه إلا مع الصدق دفعا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد إن لم يتب وقصدا إلى تحقيق النكاية لنفسه إذ ورطته فى أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا ، خلافا للشافعى ، هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ماتوجب جرّ نفع ، والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلوّ الفراش ، خصوصا إذا كان له منها أولاد صغار ، وإنما كانت الشهود أربعا لقوله تعالى ـ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ وقال تعالى ـ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ـ وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا : يعنى هلال بن أمية « ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحدّ فى ظهرك » فلم يحفظ على ماذكر ، والذى فى البخارى أنه عليه الصلاة والسلام قال « البينة وإلا فحدّ فى ظهرك » نعم أخرج أبو يعلى فى مسنده : حدثنا مسلم بن أبى مسلم الجرمى ، حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال : « أول لعان كان فى الإسلام أن شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته ، فرفعته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : أربعة شهود وإلا فحدّ فى ظهرك » والمسئلة وهى اشتراط الأربعة قطعية مجمع عليها . ثم ذكر أن حكمة اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه ، واقتصر عليه لنفى قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة ، أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشىء كلما كثرت شروطه قل وجوده ، فإن وجوده إذا توقف على أربعة ليس كوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء . وأما أنه مندوب إليه فلما أخرج البخارى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » وأخرج أبو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة » وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته

البدن ، والمعرّة ضرر يتصل ببدنه ويسرى إلى باطنه من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا . وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر . وقوله (ولأن فى اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول إنما اشترط الأربع لأن الزنا لايتم إلا باثنين ، وفعل كل واحد لايثبت إلا بشهادة شاهدين فإنه ضعيف ، لأن فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين ، وإنما الصواب أن الله تعالى أحبّ الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر . وقوله (وهو) أى الستر (مندوب إليه) قال صلى الله عليه وسلم « من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله » وقال « من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة » (والإشاعة ضده) أى إظهار الزنا ضد ستر الزنا ، فكان وصف الإشاعة على ضد وصف الستر لامحالة . ثم لما

(وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ؟) لأن النبي عليه الصلاة السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ،

والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك ، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد . وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز « لو كنت سترته بثوبك » الحديث ، وسيأتى كان فى مثل من ذكرنا ، والله سبحانه أعلم . وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه مايحرم منها ويحل منه مايحل منها . وأما أن المختار فى الحكمة ماذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة . كما لو شهدوا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه ، فالمعول عليه ماذكره المصنف (قوله وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم) عن خمسة أشياء (عن الزنا ماهو وكيف هووأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الأشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ، ولأن الاحتياط المطلوب شرعا فى ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى مقتصر على اثنين منها . فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد . فإن قيل : الكلام فى استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز ؟ فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة فى الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم. أما أنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال « جاء الأسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل فى الخامسة فقال : أنكتها ؟ قال نعم ، قال : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها ، قال نعم ؟ قال : كما يغيب المرود فى المكحلة وكما يغيب الرشاء فى البئر ؟ قال نعم ، قال : فهل تدرى ما الزنا ؟ قال : نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا ، قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرنى ، فأمر به فرجم ، فسمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذى ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب ، فسكت عنهما ، ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال : أين فلان وفلان ، فقالا : نحن ذاك يارسول الله ، فقال : انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار ، فقالا : ومن يأكل من هذا يارسول الله ؟ قال : فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من الأكل منه ، والذى نفسى بيده إنه الآن لفى أنهار الجنة ينغمس فيها » وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال : « كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فأصاب جارية من:

كان الستر أمرا مندوبا إليه كانت الإشاعة أمرا مذموما (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ماهو) احترازا عن الغلط فى الماهية (وكيف هو) احترازا عن الغلط فى الكيفية (وأين زنى) احترازا عنه فى المكان ومتى زنى احترازا عنه فى الزمان (وعن المزنية) احترازا عنه فى المفعول به ، ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء النقل والعقل أما الأول فما روى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا إلى أن ذكر الكاف والنون » : يعنى كلمة نكت

(قوله وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا) أقول : أنت خبير بأن سؤال الإمام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد ، وإنه لامعنى للغلط فى المكان والزمان هنا فتأمل (قوله إلى أن ذكر الكاف والنون) أقول : يعنى إلى أن ذكر لماعز الكاف والنون

ولأن الاحتياط فى ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل فى الفرج عناه أو زنى فى دار الحرب أو فى المتقادم من الزمان أوكانت له شبهة لايعرفها هو ولا الشهود

الحى ، فقال له أبىّ : ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك . قال : فأتاه فقال : يارسول الله إنى زنيت فأقم علىّ كتاب الله ، فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنك قد قلتها أربع مرات ، فبمن ؟ قال بفلانة . قال : هل ضاجعتها ؟ قال نعم ، قال : هل باشرتها ؟ قال : نعم ، قال : هل جامعتها ؟ قال : نعم ، فأمر به أن يرجم ، فأخرج إلى الحرة ، فلما وجد مسّ الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه » ورواه عبد الرزاق فى مصنفه فقال فيه « فأمر به أن يرجم فرجم ، فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعيره فأصاب رأسه فقتله » وأما أن فى الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فما قال لأنه عساه غير الفعل فى الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنا ، أوكان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا ، فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ما هو ، ولأنه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الإكراه على الزنا لايتحقق فيكون مختارا فيه ، كما روى عن أبى حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفيته . وفى التحقيق هو حالة تتعلق بالزانى نفسه ، ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى فى دار الحرب وليس فيه حدّ عندنا فلهذا سألهم أين زنى ، ويحتمل كونه فى زمان متقادم ولا حدّ فيه إذا ثبت بالبينة أو فى زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى ، وحدّ التقادم سيأتى ، ثم يحتمل كون المزنى بها ممن لايحدبزناها وهم لايعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا فى بيتى وكانت فى بيت أحدهم كوّة يبدو منها للناظر ما فى بيت المغيرة ، فاجتمعوا عنده فشهدوا ، وقال المغيرة : والله ما أتيت إلا امرأتى ، ثم إن الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل فى المكحلة فحدّ عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه مانسب إليه الزنا ، بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية والحافا يرتفع وينخفض وهو لايوجب الحد . وأخرج عبد الرزاق فى تفسيره بسنده عن عمر رضى الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما ، وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لاتقبل حتى مات وغاد مثل العضو من العبادة اﻫ . فلهذا يسألهم عن المزنى بها من هى ، وقياسه فى الشهادة على زنا امرأة أنيسألهم عن الزانى بها من هو ، فإن فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة ، وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا إن مكنت أحدهما فإنه لايجب عليه فى ذلك حدّ على قول أبى حنيفة ، ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ماينفى كون ماذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزانى بالزنا ، بخلاف مالو وصفوه

لكونه صريحا فى الباب والباقى كناية ، وأما العقل فلأن الاحتياط فى ذلك واجب لأنه قدكان الفعل فى غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة ، أو زنى فى دار الحرب وهو لايوجب الحد ، أو فى المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد ، أوكان له فى المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء ، فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها بيانا لماهيته والمزنى بها كالميل فى المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السرّ والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال « ادرءوا الحدود ما استطعتم » بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة حيث اكتفى

كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتياطا للدرء (فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة وسأل القاضى عنهم فعدّلوا فى السرّ والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء، قال عليه الصلاة والسلام «ادرءوا الحدود ما استطعتم» بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة. وتعديل السرّ والعلانية نبينه فى الشهادات إن شاء الله تعالى . قال فى الأصل : يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية

بغير صفته فإنهم يحدون ، وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لايقضى بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لايقبلون . وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا ، بخلاف مالو شهد ثلاثة وأبى الرابع فإن الشهادة على الزنا قذف ، لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا، فلما لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قذفا فيحدون . ولو شهدوا فسألم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لايحد ، وما وقع فى أصل المبسوط من أن الرابع لو قال إنه زان فسئل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حمل على أنه قاله للقاضى فى مجلس غير المجلس الذى شهد فيه الثلاثة (قوله وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) وهى بضم الميم والحاء . وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا فى الحقيقة . وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السرّ ، بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محالّهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة ، والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده ، وهذا ما وعد المصنف بيانه فى الشهادات . وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ، ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة فى الأموال احتيالا للدرء . ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت إيجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى فى مسنده من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود ما استطعتم» ورواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام قال « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطئ فى العفو خير أن يخطئ فى العقوبة » قال الترمذى : لانعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف . وأسند فى علله عن البخارى يزيد منكر الحديث ذاهب ، وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى به . قال البيهقى : والموقوف أقرب إلى الصواب ، ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى ، وكان ذكر هذه ذكرا لمستند الإجماع . واعلم أن القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لايجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ، ولولا ماثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا فى إقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحدّه بعلمه ، لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت فى تعديل الشهود إهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره (قوله قال فى الأصل) أى قال إذا وصف الشهود الأشياء المذكورة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا

فيه بظاهر العدالة وهو الإسلام ، وتعديل السرّ والعلانية يأتى فى الشهادات إن شاء الله تعالى . قال فى الأصل (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لأنه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بنى على الدرء . فإن قيل : الاحتياط فى الحبس أظهر . أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة

(قوله أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول : ولا يخفى عليك أن المستفاد من تعليل الحبس بقوله لأنه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا فليتأمل .

وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة ، بخلاف الديون حيث لايحبس فيها قبل ظهور العدالة ، وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى . قال (والإقرار أن يقرّ البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضى) فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبى والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد . واشتراط الأربع مذهبنا ، وعند الشافعى يكتفى بالإقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق ، وهذا لأنه مظهر ، وتكرار الإقرار لايفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد فى الشهادة . ولنا حديث ماعز « فإنه عليه الصلاة والسلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات فى أربعة مجالس » فلو ظهر بما دونها لما أخرها

إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب ، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات . فإن قيل : الاحتياط فى الحبس أظهر منه فى أخذ الكفيل . أجاب بأن حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لأنه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد ، وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز ، بخلاف ما إذا شهدوا بالدين لايحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لأن أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس أفلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق ، بخلاف ماهنا فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ . وهذا هو الفرق الذى وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق . وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة ، فأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة » زاد الترمذى والنسائى « ثم خلى عنه » حسنه الترمذى وصححه الحاكم ، وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عراك بن مالك قال : « أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم ، فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم واتهموا الغفاريين ، فأتوا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال الآخر : اذهب فالتمس فلم يك إلا يسيرا حتى جاء بهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين : استغفر لى ، فقال : غفر الله لك يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : ولك وقتلك فى سبيله ، قال : فقتل يوم اليمامة » (قوله والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور فى القرآن ، ولأن الثابت بها أقوى حتى لايندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ، ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصر ، ولابد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ، ولذا قلنا لو أقرّ الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لايحدّ للشبهة بعدم الصراحة ، وكذا الشهادة عليه لاتقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى فى حال إفاقته ، بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه ، وكذا الخصىّ والعنين . وكذا لو أقر فظهر مجبوبا أو أقرّت فظهرت رتقاء . وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد ، وذلك لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد . ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لاحدّ على واحد منهما . واختلف فى اشتراط تعدد الإقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك والشافعى وأبو ثور . واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه « واغد

والفرق بينه وبين المديون سيأتى إن شاء الله تعالى . قال (والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الإقرار فكذلك ههنا . وقوله (بخلاف زيادة العدد فى الشهادة) يعنى أنها تفيد زيادة فى طمأنينة القلب ، وتكرار الكلام ليس كذلك .

. . . .

يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يقل أربع مرات . ولأن الغامدية لم تقرّ أربعا وإنما ردّ ماعزا لأنه شاك فى أمره فقال له أبك جنون . وذهب كثير من العلماء إلى اشتراط الأربع . واختلفوا فى اشتراط كونها فى أربعة مجالس من مجالس المقر ، فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبى ليلى وأحمد فيما ذكر عنه ، واكتفوا بالأربع فى مجلس واحد . وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبى هريرة قال : « أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال : يارسول الله إنى زنيت ، فأعرض عنه ، فتنحى تلقاء وجهه فقال : يارسول الله إنى زنيت ، فأعرض عنه حتى بين ذلك أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال : هل أحصنت ؟ قال : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه ، فرجمناه بالمصلى ، فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه » فهذا ظاهر فى أنه كان فى مجلس واحد . قلنا : نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه فى إفادة أنها فى مجالس ما فى صحيح مسلم عن أبى بريدة « أن ماعزا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل إلى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا ؟

ولنا حديث ماعز » فإنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرنى ، فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك ، فلما كان فى المرة الرابعة قال النبى صلى الله عليه وسلم : الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة ، قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها ، فأبى إلا أن يقرّ بصريح الزنا ، فقال أبك خبل أبك جنون ؟ وفى رواية « بعث إلى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيئا ؟ فقالوا : لا ، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن ، فأمر برجمه » وعن أبى بريدة قال : كنا نتحدث فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد فى بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم . ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة . وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر إقامة الحدّ إلى أن تم الإقرار أربع مرات ، فلو كان الإقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لأن إقامة الحدّ عند ظهوره واجبة . وتأخير الواجب لايظن برسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قال قائل : إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لايوجب الحد فيجب المهر ، وإذا وجب المهر لايجب الحد من بعد لأن المهر والحدّ لايجتمعان فى وطء واحد . أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة ، وإنما الحكم موقوف . فإن تمت الحجة وجب الحد ، وإن لم تتم وجب المهر . فإن قيل : إنما أعرض النبى صلى الله عليه وسلم لأنه استراب فى عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصرّ على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون . أجيب : أما تغير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لادليل الجنون ، وإنما قال النبى صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ما إخاله سرق ، والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لماعز لما أقرّ ثلاثا إن أقررت الرابعة رجمك ، فثبت

(قوله « فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره الخ) أقول : هذه معارضة .

. . . .

فقالوا مانعلمه إلا وفيّ العقل من صالحينا ، فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لابأس به ولا بعقله ، فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه » وأخرج أحمد وإسحق بن راهويه فى مسنديهما وابن أبى شيبة فى مصنفه قال: حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبى بكر رضى الله عنه قال « أتى ماعز ابن مالك النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ، ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده ، فقلت له : إن اعترفت الرابعة رجمك ، قال : فاعترف الرابعة فحبسه ، ثم سأل عنه فقالوا : لانعلم إلا خيرا ، فأمر به فرجم » فصرح بتعداد المجىء ، وهو يستلزم غيبته ، ونحن إنما قلنا إنه إذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر . وروى ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى هريرة قال « جاء ماعز بن مالك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن الأبعد زنى ، فقال له : ويلك ومايدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال : أدخلت وأخرجت ؟ قال نعم ، فأمر به أن يرجم » فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر فى تعدد المجالس ، فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها وأن قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الأول إقرارا واحدا لأنه فى مجلس واحد . وقوله حتى بين ذلك أربع مرات : أى فى أربعة مجالس فإنه لاينافى ذلك . وقد دلت الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه . وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة ، فأما كون الغامدية لم تقرّ إلا مرة واحدة فممنوع ، بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبى داود والنسائى قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما ، وإنما رجمهما بعد الرابعة . فهذا نص فى إقرارها أربعا ، غاية ما فى الباب أنه لم ينقل تفاصيلها ، والرواة كثيرا مايحذفون بعض صورة الواقعة . على أنه روى البزار فى مسنده عن زكريا بن سليم : حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبى بكر عن أبيه فذكره ، وفيه « أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ، ثم قال لها : اذهبى حتى تلدى » الحديث غير أن فيه مجهولا لاتتميز جهالته بما يشهد له من حديث أبى داود والنسائى . وأما كونه ردّ ماعزا أربع مرات كان لاسترابته فى عقله ، فإن سلم لايتوقف علم ذلك على الأربع ، والثلاثة موضوعة فى الشرع لإبلاء الأعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لأن عندها لايعذر المغبون ، والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه فى شبهته ، فلو لم تكن الأربعة عددا معتبرا فى اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ، ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها ، وكذا الصحابة ، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث هزال « إنك قد قلتها أربعا فبمن زنيت » وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائى والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال « كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فأصاب جارية من الحىّ ، فقال له أبى : ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم » الحديث المتقدم . وزاد فيه أحمد . قال هشام : فحدثنى يزيد بن نعيم عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه : والله ياهزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به » قال صاحب التنقيح : إسناده صالح ، ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان فى الثقات وأبوه نعيم ذكر فى الثقات أيضا وهو مختلف فى صحبته . وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة : فمنها ما ذكرنا ، ومنها فى لفظ لأبى داود عن ابن عباس « إنك قد شهدت على نفسك

أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم .

لثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد ، فكذا الإقرار إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ، ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ؛

أربع مرات » وفى لفظ لابن أبى شيبة « أليس أنك قد قلتها أربع مرات » وتقدم فى مسند أحمد عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرته صلى الله عليه وسلم « إن اعترفت الرابعة رجمك » إلا أن فى إسناده جابرا الجعفى ، وكونه روى فى الصحيح أنه ردّه مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوى ، وإلا فلا شك أنه أقرّ أربعا . وقوله فى ذلك اللفظ « شهدت على نفسك » يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة ، فكما أوجب سبحانه فى الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد فى غيره فكذا يعتبر فى إقراره إنزالا لكل إقرار منزلة شهادة واحد ، ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه ، وإذن فقوله فى حديث العسيف « فإن اعترفت فارجمها » معناه الاعتراف المعهود فى الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ، هذا ، ونقل من حديث أبى هريرة فى استفسار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة ، وتأويله أنه عدّ آحاد الأقارير فإن فيها إقرارين فى مجلس واحد كما قدمنا فى الجمع فكانت خمسا . فإن قيل : يجوز كون رده ليرجع . قلنا : ينبغى أن يلقنه بالرجوع ولكن فى مجلس الإقرار الموجب ، ولو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعده لا أنه يطلقه مختارا فى إطلاقه ليذهب ، وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم ، وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لايفعله وإلا فات المقصود من الإيجاب ، غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة ، وهذا لايوجب جواز رده وإخراجه ليذهب ويرجع وقد لايرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصرّ على الإقرار ، غير أنه يقول فى نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الإمام فيجلس فى بيته مصرا على إقراره غير راجع عنه خصوصا فى زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد . وأما ما روى « أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام : أتريد أن تردنى كما رددت ماعزا ؟ والله إنى لحبلى من الزنا » ، فليس فيه دليل لأحد بل لما قالته . قال : « أما لا فاذهبى حتى تلدى ، فلما ولدت أتته بصبىّ فى خرقة فقالت هذا قد ولدته ، قال : فاذهبى فأرضعيه حتى تفطميه ، فلما فطمته أتته بالصبىّ فى يده كسرة خبز قالت : هذا يانبىّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام ، فدفع الصبىّ إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها ، فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها ، فسمع النبىّ صلى الله عليه وسلم سبه إياها فقال : مهلا ياخالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له » وليس فى هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها ، غاية الأمر أنه ردها وغياه إلى ولادتها ، ثم ردها إلى فطامها

وقوله (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق . وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك ، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست فى سائر الحقوق فكذلك فى الحجة الأخرى إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا من أنه صلى الله عليه وسلم أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات فى أربعة مجالس

(قال المصنف : ولأن الشهادة ، إلى قوله : لأمر الزنا) أقول : ليس فيه إثبات التقدير بالقياس بل إثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد إذ بذلك يتم نفى مذهب الشافعى فتأمل .

ولأن لاتحاد المجلس أثرا فى جمع المتفرقات ، فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فى الإقرار ، والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضى ، والاختلاف بأن يرده القاضى كلما أقرّ فيذهب حيث لايراه ثم يجىء فيقر هو المروى عن أبى حنيفة ، لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة. قال (فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه فى الشهادة ، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان، وذكره فى الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار . وقيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى فى صباه (فإن رجع المقرّ عن إقراره قبل إقامة الحدّ أو فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله)

لاتفاق الحال بأن تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر فى خصوص هذا الرد ، ولعلها كلما رجعت إليه يصدر منها ماهو إقرار ، إذ لابد أن يقع فى مجلسها شىء مما هى بصدده ، هذا لو لم يكن ماتقدم مما يفيد أن إقرارها كان أربعا ، غير أنه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط فى الدرء اعتبر فى الحكم بتعدد الأقارير بعدد مجالس المقر دون القاضى لأنه الذى به يتحقق الإقرار وبه فارق الشهادة . فإن الأربع فيها اعتبر فى مجلس واحد . حتى لو جاءوا فى مجالس حدوا لأنها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا ، بخلاف إقرار المقر فإنه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد فى اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الإمكان تحقيقا للاحتياط . وأما ماقيل إن اشتراط الأربع فى الشهادة لأن الشاهد يتهم بخلاف المقرّ فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك فى الصدق وأصل التعدد ، وإنما لزم حتى لزم الاثنان لإمكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر ، ويشترط فى النساء كذلك أيضا بالنص ، قال تعالى ـ فتذكر إحداهما الأخرى ـ غير أن المرأة إنما تخالط المرأة لا الرجل الأجنبى فلزمت الأخرى لتذكرها (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لايعرف بهذا اللفظ ، وأقرب الألفاظ إليه ماذكرنا من حديث ابن حبان أنه طرد وأخرج فارجع إليه (قوله فإذا بين ذلك) أى على وجه لايتضمن دافعا للحد لزمه الحد ، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت ، وذكره فى الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار ، وهذا السؤال لتلك الفائدة ، فإذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن فى السؤال عنه فائدة . ووجه الفرق بين الشهادة والإقرار فى ذلك سيذكره المصنف فى باب الشهادة على الزنا ، وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لأنه قد يبين من لايحد بوطئها كما ذكرنا فى جارية ابنه ، بخلاف مالو قال فى جوابه لا أعرف التى زنيت بها فإنه يحد لأنه أقر بالزنا ، ولم يذكر مايسقط كون فعله زنا بل تضمن إقراره أنه لا ملك له فى المزنية لأنه لوكان لعرفها لأن الإنسان لايجهل زوجته وأمته .

(ولأن لاتحاد المجلس أثرا فى جمع المتفرّقات ، فعنده) أى عند الاتحاد (تتحقق شبهة الاتحاد فى الإقرار) ألا ترى إلى ما جاء فى حديث ماعز من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان فى جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين (والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اتحاد مجلسه) فى دفع الحد ، وفى بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أى فى وجوب الحد ، وقيل يعتبر مجلس القاضى ، وردّه المصنف بقوله دون مجلس القاضى . وقوله (والاختلاف بأن يرده القاضى) ظاهر . وقوله (لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار) دليله أن التقادم فى الشهادة مانع

(قال المصنف : وقيل لو سأله جاز الخ) أقول : قال الزيلعى : والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى فى صباه .

وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى : يقيم عليه الحد لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف . ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة فى الإقرار ، بخلاف مافيه حق العبد وهوالقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ، ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز « لعلك لمستّها أو قبلتّها » قال فى الأصل : وينبغى أن يقول له الإمام لعلك تزوجتّها أو وطئتّها بشبهة ، وهذا قريب من الأول فى المعنى .

والحاصل أنه إذا أقرّ أربع مرات أنه زنى بامرأة لايعرفها يحد ، وكذا إذا أقرّ أنه زنى بفلانة وهى غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف أنه حدّه ، ثم أرسل إلى المرأة فقال : فإن اعترفت فارجمها ، ولأن انتظار حضورها إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ، ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لايؤخر إذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لأن كلا منهما شبهة الشبهة وبه لايندرئ الحد ، ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لايحدّ الرجل عند أبي حنيفة ، وقالا يحد ، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحدّ هى عندهما لاعنده (قوله وقال الشافعى : يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى ، والمسطور فى كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط . وعن أحمد كقولنا . وعن مالك فى قبول رجوعه روايتان . فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعى ، وعلى تقديره فقوله كما إذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه أنه إنكار بعد الثبوت ، كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت ، فلما سأله الحاكم الأسئلة الخمسة وتمت الحجة أنكر . ولا يخفى أنه تكلف . والحق أن الرجوع عن الإقرار بالزنا بعد الإقرار به محل وصحته شرعا حكم ، فيجب كون المحل الذى هو الأصل رجوعا عن إقرار بغيره وهو ليس ممتنعا فى الشهادة . نعم فى القصاص وحد القذف : يعنى لو أقرّ بهما ثم رجع لايقبل ، فكذا لايقبل فى الزنا . ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق ، وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة فى الإقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لأنه أرجح من الإقرار السابق فافهم . بخلاف مافيه حق العبد من القصاص وحدّ القذف لأن العبد يكذبه فى إخباره الثانى فينعدم أثره فى إخباره الأول بالكلية (قوله ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز « لعلك لمستّها ») روى فى حديث ماعز « لعلك مسستّها لعلك قبلتّها » وعند البخارى « لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت » وقال فى الأصل : ينبغى أن يقول له : لعلك تزوجتّها أو وطئتّها بشبهة ، والمقصود أن يلقنه مايكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذى جئ به إليه « أسرقت وما إخاله سرق » .

لتهمة الحقد وهى غير موجودة فى الإقرار ، وسيأتى بيان التقادم فى باب الشهادة على الزنا . وقوله (كما إذا وجب بالشهادة) يعنى أن الحد لايبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه ، فكذا لايبطل بإنكاره بعد الإقرار لأنهما حجتان فيه فتعتبر إحداهما بالأخرى فصار كالقصاص وحدّ القذف لايقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار . وقوله (فتتحقق الشبهة فى الإقرار) يعنى بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما . وقوله (وهذا قريب من الأول فى المعنى) أى قوله لعلك تزوجتّها ووطئتّها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستّها فى المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع ، كما أنه لو قال فى كل واحد منهما نعم سقط الحد .

(فصل فى كيفية الحد وإقامته)

(وإذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لأنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن » . وقال فى الحديث المعروف « وزنا بعد إحصان »

(فصل فى كيفية إقامة الحد)

بعد ثبوت الحد تكون إقامته فذكر كيفيته (قوله وإذا وجب الحد وكان الزانى محصنا) هذا من الأحرف التى جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين ، يقول أحصن يحصن فهو محصن فى ألفاظ معدودة هى أسهب فهو مسهب إذا طال وأمعن فى الشىء ، ومنه قول المصنف فى خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب . وقيل لابن عمر : ادع الله لنا ، فقال : أكره أن أكون من المسهبين ، بفتح الهاء . وألفج بالفاء والجيم : افتقر فهو ملفج ، الفاعل والمفعول فيه سيان ، ويقال بكسرها أيضا إذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه إجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين ، وإنكار الخوارج الرجم باطل لأنهم إن أنكروا حجية إجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعى ، وإن أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لإنكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه ، لأن ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد فى تفاصيل صوره وخصوصياته . أما أصل الرجم فلا شك فيه ، ولقد كوشف بهم عمر رضى الله عنه وكاشف بهم حيث قال : خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لانجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ، رواه البخارى . وروى أبو داود أنه خطب وقال : إن الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده . وإنى خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لانجد الرجم ، الحديث . وقال : لولا أن يقال إن عمر زاد فى الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف . وفى الحديث المعروف : أى المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبى هريرة وابن مسعود ، فى الصحيحين من حديث ابن مسعود « لايحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » وروى الترمذى عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال : أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لايحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان ، وارتداد بعد إسلام ، وقتل نفس بغير حق ، قالوا : اللهم نعم ، قال فعلام تقتلونى » الحديث . قال الترمذى : حديث حسن . ورواه الشافعى فى مسنده

(فصل فى كيفية الحد وإقامته)

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد ، لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرا وكلامه واضح .

(فصل فى كيفية الحد وإقامته)

وعلى هذا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم . قال (ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) كذا روى عن علىّ رضى الله تعالى عنه ،ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بداءته احتيال للدرء . وقال الشافعى رحمه الله :لاتشترط بداءته اعتبارا بالجلد . قلنا: كل أحد لايحسن الجلد فربما يقع مهلكا والإهلاك غير مستحق ، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف .

عن عثمان « لايحل دم امرئ مسلم إلا من إحدى ثلاث : كفر بعد إيمان.وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس » ورواه البزار والحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين والبيهقى وأبو داود والدارمى ، وأخرجه البخارى عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبى قلابة حيث قال : « والله ماقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط إلا فى ثلاث خصال : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ، ورجل زنى بعد إحصان ، ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الإسلام » . ولا شك فى رجم عمر وعلىّ رضى الله عنهما . ولايخفى أن قول المخرّج حسن أو صحيح فى هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع فى خصوص ذلك السند ، وذلك لاينافى الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول. والحاصل أن إنكاره إنكار دليل قطعى بالاتفاق ، فإن الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظا كسائر المسلمين ، إلا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد إلى علماء المسلمين والرواة أوقعهم فى جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ، ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لأنه ليس فى كتاب الله ألزمهم بأعداد الركعات ومقادير الزكوات ، فقالوا : ذلك لأنه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون ، فقال لهم : وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه إلى أرض فضاء) لأن فى الحديث الصحيح قال « فرجمناه » يعنى ماعزا بالمصلى . وفى مسلم وأبى داود «فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد » لأن المصلى كان به . لأن المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان . وأما ما فى الترمذى من قوله « فأمر به فى الرابعة فأخرج إلى الحرّة فرجم بالحجارة » فإن لم يتأوّل على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج إلى الحرة وإلا فهو غلط لأن الصحاح والحسان متظافرة على أنه إنما صار إليها هاربا لا أنه ذهب به إليها ابتداء ليرجم بها ، ولأن الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للمضيق (قوله ويبتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) وهذا شرط ، حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لأن امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم .

وقوله (وعلى هذا إجماع الصحابة) أى على وجوب الرجم إذا كان الزانى محصنا ، وذهب الخوارج إلى أن الحد فى الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لايقبلون أخبار الآحاد ، وذلك خرق منهم للأجماع ، على أن حديث ماعز مشهور

(قوله وعلى هذا ، إلى قوله : على أن حديث ماعز رضى الله عنه) أقول : فى المبسوط : أما الرجم فهو حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة ، إلا على قول الخوارج فإنهم ينكرون الرجم لأنهم لايقبلون الأخبار إذا لم تكن فى حيز التواتر اه . فالشارح إن أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لايخفى (قال المصنف : ويبتدئ الشهود برجمه الخ) أقول : فى المبسوط : لكنا نستدل بحديث على كرم الله وجهه ، فإنه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال : الرجم رجمان : رجم سر ، ورجم علانية ، فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما فى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الإمام ثم الناس ، ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس اه . وفى محيط السرخسى بعد هذا الكلام : وقول الصحابى فيما لايدرك بالقياس حجة بالإجماع اه .

. . . .

ولوكان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وإن كان بحق كما تراه فى المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للأكل والأضحية بل ومن حضورها . فكان امتناعهم شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه ، وهذا الاحتمال شبهة فى امتناع الحد عنهم . وقيل يحدون والأول رواية المبسوط . وقال الشافعى رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد : يعنى إذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لايشترط فى إقامة الحد ابتداء الشهود . وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لايحسنه كل أحد ، فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق ، بخلاف الرجم فإن المقصود منه الإهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه فى الرجم وهذا دفع لإلحاقه . وأما إثبات المذهب فبقول علىّ رضى الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابى ، فإن قوله فى ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لأنه علله بأن امتناعهم دلالة الرجوع ، فإن الشاهد ربما يتساهل فى الأداء ، فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة . وهذا هو قول المصنف لأنه دلالة الرجوع . وقول بعضهم إنه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لايندرئ الحدّ على ماعرف وسيأتى ، إنما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا فى الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا . فإن الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالأضحية والدجاجة فكيف بالأعلى ، فالامتناع عن قتله لايكون ظاهرا فى الرجوع ، بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الإنسان فكان فى الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته ، وهو غلط لأنا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه ، حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه ، لكنه دليل فيه شبهة فإنه أمارة لايقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة ، والرجوع الذى فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله . لايقال : احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة ، لأن الثابت شبهة فى الشهادة لاشبهة الشبهة فيها ، وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة ، بخلاف صريح الرجوع فإن به يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحدّ به هناك ولا يحدّ بدلالة الرجوع إذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة فى القذف على ما ذكرنا . وأما ثبوت ذلك عن علىّ رضى الله عنه فما أخرج ابن أبى شيبة رحمه الله قال : حدثنا عبد الله بن إدريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عليا كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس ، فإذا كان بإقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده . قال : وحدثنا أبو خالد الأحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علىّ رضى الله عنه قال : أيها الناس إن الزنا زناءان زنا السرّ ، وزنا العلانية ، فزنا السرّ أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الإمام ثم الناس ، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمى ، قال : وفى يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده . وروى الإمام أحمد فى مسنده عن الشعبى قال : كان لشراحة زوج غائب بالشام وأنها حبلت ، فجاء بها مولاها فقال : إن هذه زنت ، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها إلى السرّة وأنا شاهد ، ثم قال : الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أوّل من يرمى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ، ولكنها أقرّت فأنا

تلقته الأمة فى الصدر الأول بالقبول ، والزيادة على الكتاب بمثله جائزة .

(فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لأنه دلالة الرجوع .

أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس . ورواه البيهقي عن الأجلح عن الشعبي عن عليّ ، وفيه « أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة ، قالت لا ، قال : فلعله استكرهك ، قالت لا ، قال : فأمر بها فحبست ، فلما وضعت ما فى بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة فى الرحبة وأحاط الناس بها » الحديث وفيه أيضا « أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف » . وأورد أن إثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النصّ بما هو دون خبر الواحد ، وإصلاح الإيراد أنه تقييد للقطعى المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به . والجواب أن الحكم القطعى هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة ، فإذا دل دليل ظنى على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعى بالشبهة ، وموت الشهود مسقط أو أحدهم ، وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم فى ظاهر الرواية ، وهو احتراز عن رواية عن أبى يوسف أن بداءتهم مستحبة لامستحقة ، فإذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد ، وكذا يسقط الحد باعتراض مايخرج عن أهلية الشهادة ، كما لو ارتدّ أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فحدّ لافرق فى ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحدّ ، لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود ، وهذا إذا كان محصنا . وفى غير المحصن قال الحاكم فى الكافى : يقام عليه الحد فى الموت والغيبة . ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لايستطيع الرمى وحضروا يرمى القاضى ، ولوقطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة . وقد يقال : إذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط . وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت ، إلا أن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوعى الأيدى لم تستحق البداءة بهم ، وأما ههنا فقد استحقت ، فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا ، وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم . ولا شك أن المعنى المسقط

وقوله (فإن امتنع الشهود) قال فى الإيضاح : ولو امتنع الشهود أو بعضهم أوكانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أوعمى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبى يوسف . وروى عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس ، وكذا فى الذخيرة أيضا . فعلى هذا ماقيده بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ ، وليس بمختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، وإذا سقط بامتناع أحدهم هل يحدّ الشهود أو لا ؟ ذكر فى المبسوط أنه لايقام الحدّ على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة ، وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لايكون رجوعا عن الشهادة على الزنا .

(قوله وإحدى الروايتين عن أبى يوسف) أقول : ولم يذكر عن أبى يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ماقيده بظاهر الرواية الخ) أقول : فى المبسوط : وعن أبى يوسف قال : يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لايقام الرجم ، فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لأنه قد تعذر البداية بهم بسبب لايلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع إقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعى الأيدى أو مرضى أو عاجزين عن الحضور ، بخلاف مالو امتنعوا لأنهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعى الأيدى فى الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر ، فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم ، فإذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اهـ . ونحن نقول : فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما فى المبسوط

وكذا إذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط (وإن كان مقرّا ابتدأ الإمام ثم الناس) كذا روى عن علىّ رضى الله عنه . ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام فى ماعز « اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم » ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا « وصلى النبىّ عليه الصلاة والسلام على الغامدية بعد ما رجمت »

يجمعها . ومما يبطل الشهادة ويسقط الحدّ أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ، ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف ، لأن سقوطه فى الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها ، وقد علم أن الإمضاء من القضاء فى الحدود فكان كالأول ، وخالف محمد رحمه الله (قوله وإن كان مقرا يبدأ الإمام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه وهو ماذكرناه آنفا . وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة ، رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال : سمعت شيخا يحدّث عن أبى بكرة عن أبيه « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها إلى السرّة » ثم ذكر إسنادا آخر وزاد « ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال : ارموا واتقوا الوجه ، فلما طفئت أخرجها وصلى عليها » ورواه النسائى والطبرانى والبزار وفيه مجهول . وأنت تعلم أنه لو تمّ أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط ، فالمعوّل عليه ما ذكرنا من كلام علىّ رضى الله عنه . واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعامهم بفوات شرط الرجم ، وهو منتف برجم ماعز ، فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام . ويمكن الجواب بأن حقيقة مادل عليه قول على أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختبارا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه ، وأن يبتدئ هو فى الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر فى أمر القضاء بأن لم يتساهل فى بعض شروط القضاء بالحد ، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره فى القضاء وهى دارئة فكأن البداءة فى معنى الشرط إذ لزم عن عدمه العدم لا أنه جعل شرطا بذاته ، وهذا فى حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد إذا لم يبدأه .

واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام ، فلو لم يثن الإمام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما . قالوا : ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لأنه المقصود ، ولأنه تيسير عليه إلا أن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفى بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم فى ماعز « اصنعوا به » الحديث) وروى ابن أبى شيبة عن أبى معاوية عن أبى حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبى بريدة عن أبيه بريدة قال « لما رجم ماعز قالوا : يارسول الله ما نصنع به ؟ قال : اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل

واعلم أن ظاهر الرواية يفضى إلى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتأمل ، والغامدية امرأة من غامد حىّ من الأزد ، وفى حديثها « لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له » .

(قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضى إلى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتأمل) أقول : فى صورة الموت والغيبة إحداهما شبهة الامتناع عن البداية . والثانية كون الامتناع رجوعا فليتأمل ، وفى محيط السرخسى : وروى عن محمد : لو كان الشهود مقطوعى الأيدى أو مرضى لا يستطيعون الرمى فإن الإمام يرمى ثم الناس ، لأن فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة ، بخلاف الموت والغيبة لأنه من الجائز أن لو كان حيا فعرض عليه الرمى يمتنع عن ذلك اهـ . إلا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ماذكره الشارح (قوله وفى حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول : يعنى المكاس وهو العشار ، والمكس ما أخذه .

(وإن لم يكن محصنا وكان حرًّا فحدّه مائة جلدة) لقوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ إلا أنه انتسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به .

والكفن والحنوط والصلاة عليه ، وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فأخرجه الستة إلا البخارى من حديث عمران بن الحصين « أن امرأة من جهينة أتت النبىّ صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت : يانبىّ الله أصبت حدًّا فأقمه علىّ » الحديث بطوله ، إلى أن قال « فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها ، فقال له عمر : أتصلى عليها يانبىّ الله وقد زنت ؟ فقال : لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت توبة أفضل من أنها جادت بنفسها لله » وفى صحيح البخارى من حديث جابر فى أمر ماعز قال « ثم أمر به فرجم ، وقال له النبى صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه » قال ابن القطان : قيل للبخارى قوله « وصلى عليه » قاله غير معمر ؟ قال لا . ورواه الترمذى وقال : حسن صحيح . ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه . وأما ما رواه أبو داود من حديث أبى برزة الأسلمى « أنه صلى الله عليه وسلم لم يصلّ على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه » ففيه مجاهيل فإن فيه عن أبى بشر أنه قال : حدثنى نفر من أهل البصرة عن أبى برزة . نعم حديث جابر فى الصحيحين فى ماعز « وقال له خيرا ولم يصل عليه » معارض صريح فى صلاته عليه ، لكن المثبت أولى من النافى . لكن على أصول الحنفية وهو أن النفى إذا كان من جنس مايعرف بدليل يساوى الإثبات ويطلب الترجيح بغيره لاينتهض لأن هذا النفى وهو كونه لم يصل عليه من ذلك ، إذ لاشك أن الصحابى إذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك ، وعن هذا ذهب مالك إلى أنه يصلى عليه غير الإمام . والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لاشك فيها ، فإنه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا ، بخلاف الشهيد فإنه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الأثر شاهدا له ، والإظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة . وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففى حيز التعارض . والغامدية من بنى غامد حىّ من الأزد . قاله المبرد فى الكامل . وفى كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة ، وقد سمعت فى حديث عمران بن الحصين « أتت امرأة من جهينة » (قوله إن لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ) وإنما قدم الزانية مع أن العادة عكسه لأنها هى الأصل إذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن ، وهذا

وقوله (إلا أنه انتسخ فى حق المحصن) بيانه أن قوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا ـ الآية عام فى المحصن وغيره إلا أنه انتسخ فى حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقى حكمها . روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب فقال : إن الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب ، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده ، وإنى خشيت إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل مانجد آية الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل ، فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف ، وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها يريد به : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ، وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى ـ فاجلدوا ـ فى غير المحصن ،

(قوله فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى ـ فاجلدوا ـ فى غير المحصن)

قال (يأمر الإمام بضربه بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا) لأن عليا رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته.

عام فى المحصن وغيره نسخ فى حق المحصن قطعا ، ويكفينا فى تعيين الناسخ القطع برجم النبى صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم . لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وإن ذكرها عمر وسكت الناس ، فإن كون الإجماع السكوتى حجة مختلف فيه . وبتقدير حجيته لايقطع بأن جميع المجتهدين من الصحابة كانوا إذ ذاك حضورا ؛ ثم لاشك أن الطريق فى ذلك إلى عمر ظنى ، ولهذا والله أعلم قال على رضى الله عنه فيما ذكرناه عنه : إن الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه إلى القرآن المنسوخ التلاوة . وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ، ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وفى رواية أبى داود « ورمى بالحجارة » وسيأتى الكلام عليه (قوله بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر . وفى الصحاح وغيره عقد أطرافه . ورجح المطرزى إرادة الأول هنا لما ذكر الطحاوى أن عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين . وفى الإيضاح مايوافقه قال : ينبغى أن لايضرب بسوط له ثمرة لأن الثمرة إذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين . وفى الدراية : لكن المشهور فى الكتب لاثمرة له : أى لاعقدة عليه . وقول المصنف فى الاستدلال عليه لأن عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لايحتمل الوجه الأول أصلا ، بل أحد الأمرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق إذا كان يابسا وهو الظاهر . وروى ابن أبى شيبة : حدثنا عيسى بن . يونس عن حنظلة السدوسى عن أنس بن مالك قال : كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به . قلنا له : فى زمن من كان هذا ؟ قال : فى زمن عمر بن الخطاب . والحاصل أن المراد أن لايضرب به وفى طرفه يبس لأنه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة ، ويفيد ذلك ماروى عبد الرزاق عن يحيى بن أبى كثير « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى أصبت حدا فأقمه على ، فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوط شديد له ثمرة ، فقال : سوط دون هذا ، فأتى بسوط مكسور لين

وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله . وقوله (بسوط لاثمرة له) قال فى الصحاح : ثمر السياط عقد أطرافها ، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لاثمرة له : يعنى العقدة . وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين ، وهذا أصح . لما روى أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان ، وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة ، فكانت الضربة ضربتين . والأول هو المشهور فى الكتب . المبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها ، يقال برح به الأمر تبريحا : أى غلظ عليه واشتد . والمذاكير جمع الذكر الذى هو العضو ، وهو جمع على خلاف القياس . كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل و بين الذكر الذى هو العضو ، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراد قرينه وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو المعين وماحوله ، كقولهم : شابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح .

أقول : فيه بحث ، والصواب فى المحصن فتأمل (قوله وهذا أصح لما روى الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلا كما لايخفى .

والمتوسط بين المبرّح وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلوّ الثانى عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الإزار لأن عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد فى الحدود . ولأن التجريد أبلغ فى إيصال الألم إليه . وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الإزار كشف العورة فيتوقاه (ويفرّق الضرب على أعضائه) لأن الجمع فى عضو واحد قد يفضى إلى التلف والحدّ زاجر لا متلف. قال (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى أمره بضرب الحد « اتق الوجه والمذاكير » ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس. وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شىء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حدا .

فقال : سوط فوق هذا ، فأتى بسوط بين سوطين فقال : هذا فأمر به فجلد » ورواه ابن أبى شيبة عن زيد بن أسلم « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسوط » فذكره ، وذكره مالك فى الموطأ . والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذى يصير ذنبين تعميما للمشترك فى النفى لأنه عين العدد مائة ، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ماهو يابس الطرف على ماذكرنا كان أولى ، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجع ، فلزم أنه أراد بالموجع المبرح وإلا لم يستقم ، ووجه هذا ظاهر . ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحدّ ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله وتنزع عنه ثيابه) إلا الإزار ليستّر عورته وبه قال مالك . وقال الشافعى وأحمد : يترك عليه قميص أو قميصان لأن الأمر بالجلد لا يقتضى التجريد. وقول المصنف لأن عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال : صح أن عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود فأبعد عما قال المخرج أنه لم يعرف عن علىّ بل روى عنه خلافه . وروى عبد الرزاق بسنده عنه « أنه أتى برجل فى حدّ فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا » . وأسند إلى المغيرة بن شعبة فى المحدود : أينزع عنه ثيابه ؟ قال : لا ، إلا أن يكون فروا أو محشوا . وأسند عن ابن مسعود : لا يحل فى هذه الأمة تجريد ولا مد . قوله (ويفرّق الضرب على أعضائه) لأن جمعه فى عضو واحد قد يفسده ، واستثنى الرأس والوجه والفرج . وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للذى أمره بضرب الحد « اتق الوجه والمذاكير » ولم يحفظه المخرّجون مرفوعا بل موقوفا على علىّ رضى الله عنه « أنه أتى برجل سكران أو فى حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير » رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور . وقال ابن المنذر : وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل : اضرب وأعط كل عضو حقه . قال : روينا هذا القول عن علىّ وابن مسعود والنخعى رضى الله عنهم . ولا شك أن معنى ماذكره المصنف فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال « إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير » ولا شك أن هذا ليس مرادا على الإطلاق لأنا نقطع أن فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجه من يبارزه وهو فى مقابلته حالة الحملة لا يكفّ عنه ، إذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله ، فليس المراد إلا من يضرب صبرا فى حدّ قتلا أو غير قتل . وفى القتل صريح ماتقدم من رواية أبى داود من حديث أبى هريرة « أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه » وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلى رضى الله عنهما : أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مختصرا عليه عام مخصوص لأنهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير . ولما كان ذلك معلوما لم يحتج إلى ذكر المخصوص ، على أنه

. . . .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يضرب الرأس أيضا رجع إليه ، وإنما يضرب سوطا لقول أبي بكر : اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا . قلنا : تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله . ويقال إنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والإهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه : يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه . ثم قوله غير ممدود ، فقد قيل المد أن يلقى على الأرض

ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله عنه كما حكيناه آنفا . وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب ، والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو إهلاك معنى . وهذا من المصنف ظاهر في القول بأن العقل في الرأس إلا أن يؤول ، وهي مختلفة بين الأصوليين . وما قيل في المنظومة والكافي إن الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية « البينة وإلا فحد في ظهرك » غير ثابت في كتبهم ، بل الذي فيها كقولنا ، وإنما تلك رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه . وأجيب بأن المراد بالظهر نفسه : أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه » وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ، ثم خص منه الفرج بدليل الإجماع . وعن محمد رحمه الله في التعزير : يضرب الظهر وفي الحدود الأعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ، ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا : شابت مفارقه وإنما له مفرق واحد (قوله وقال أبو يوسف : يضرب الرأس ضربة واحدة رجع إليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره . ورواه ابن أبي شيبة : حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر رضي الله عنه أتى برجل انتفى من أبيه فقال : اضرب الرأس فإن فيه شيطانا . والمسعودي مضعف . ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل إليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ ، فأخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال : أنا عبد الله عمر ، وجعل يضربه حتى دمي رأسه ، فقال : يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجد في رأسي . وهذا ينافي جواب المصنف بأن ذلك كان في مستحق القتل . ولو قلنا إن واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فإن ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم ، وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه . هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن . وفيه نظر ، بل الصدر من المحامل ، والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر . نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه الخ) روى عبدالرزاق في مصنفه قال : أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال : يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحدود (ولأن مبنى الحد على التشهير) زجرا للعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المد أن يلقى على الأرض

وقوله (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض : أي كان يدعو الناس إليهم .

ويمد كما يفعل فى زماننا ، وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده بعد الضرب . وذلك كله لايفعل لأنه زيادة على المستحق (وإن كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى - فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت فى الإماء ، ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لأن النصوص تشملهما (غير أن المرأة لاينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو)

كما يفعل فى زماننا ، وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضى إلى الجرح (وكل ذلك لايفعل) فلفظ يمدود معمم فى جميع معانيه لأنه فى النفى فجاز تعميمه ، وإن امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك (قوله وإن كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى - فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت فى الإماء) وهو أيضا مما يعرف من أول الكلام ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بتنقيح المناط فيرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لايشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور ، بل المساواة تكفى فيه . وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لأن الكلام كان فى تزوج الإماء بقوله تعالى - فمن لم يستطع منكم طولا - إلى قوله - من فتياتكم المؤمنات - ثم تمم حكمهن إذا زنين ، ولأن الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية ، وهذا الشرط : أعنى الإحصان لامفهوم له ، فإن على الأرقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا . وأسند أبو بكر الرازى عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل » والقائلون بمفهوم المخالفة يجوّزون أن لايراد بدليل يدل عليه . وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن » ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لاحد عليها حتى تحصن بزوج ، وعلى هذا هو معتبر المفهوم إلا أنه غير صحيح . وقرئ - إذا أحصن - بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن ؛ وحين ألزم سبحانه نصف ماعلى المحصنات إذا أحصن لزم أن لارجم على الرقيق لأن الرجم لايتنصف ، ولأن الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ ، ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى - يانساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين - (قوله والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لشمول النصوص إياهما ، فإن كان كل منهما محصنا رجم وإلا فعلى كل الجلد ، أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر

وقوله (لأنه زيادة على المستحق) قالوا : إلا أن يعجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها . قال (وإن كان عبدا) أو أمة (جلده) أى إن كان من زنى عبدا أو أمة جلده الإمام (خمسين جلدة لقوله تعالى) - فإن أتين بفاحشة (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت فى الإماء) ودخل تحت حكمها العبيد ، وهو خلاف المعهود لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية ، وكأن هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السفاح فيهن ودعوتهن إليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى - الزانية والزانى - ثم العذاب المذكور فى الآية الجلد دون الرجم لأنه لايتنصف . وقوله (لأن الجناية عند توافر النعم أفحش) أصله

لأن فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا، ولأنه أستر لها (وإن حفر لها فى الرجم جاز) لأنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى ثندوتها، وحفر علىّ رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وإن ترك لايضره لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها. والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا (ولا يحفر للرجل) لأنه عليه الصلاة والسلام ماحفر لماعز، ولأن مبنى الإقامة على التشهير فى الرجال. والربط والإمساك غير مشروع

الجلد، وكذلك فى ظهور الزنا عند القاضى بالبينة أو الإقرار يكون على ما شرط. وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها إلى الحشو والفرو (ولأن فى تجريدها كشف العورة) لأن بدنها كله عورة إلا ماعرف، ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعنى من كلام علىّ (ولأنه أستر لها) قوله (وإن حفر لها فى الرجم جاز) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية إلى ثندوتها. والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمومة فى الوجهين: ثدى الرجل أو لحم الثديين، وما قيل الثدى للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين ثدييه (ولذا حفر علىّ لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهى قبيلة كانت عيبة علىّ، وقد مدحهم وقال فى مديحه لهم:

فلو كنت بوابا على باب جنة … لقلت لهمدان ادخلى بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبى أنه حفر لها إلى السرة. ثم قال المصنف (وإن ترك) الحفر (لم يضره لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك) يعنى لم يوجبه بناء على أن حقيقة الأمر هو الإيجاب، وقال إنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية. ومعلوم أن ليس المراد إلا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره، وإلا كانت مناقضة غريبة، فإن مثلها إنما يقع عند بعد العهد، أما معه فى سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك، والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لأنه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم، وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الأسلمى أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتضافرة (قوله ولأن مبنى الحد على التشهير فى الرجال) لاحاجة إلى التخصيص، بل الحد مطلقا مبنى على التشهير، غير أنه يزاد فى شهرته فى حق الرجل لأنه لايضره ذلك، ويكتفى فى المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجتمع الإمام والناس وخصوصا فى الرجم، وأما فى الجلد فقد قال تعالى ـ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ـ أى الزانية والزانى. فاستحب أن يأمر الإمام طائفة: أى جماعة أن يحضروا إقامة الحد. وقد اختلف فى هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد، وقال عطاء وإسحاق اثنان، وقال الزهرى ثلاثة، وقال الحسن البصرى عشرة، وعن الشافعى ومالك أربعة. وأما قوله (والربط والإمساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس فى هذه الأمة تجريد ولا مدّ، ولأن ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط، إلا أن لايصبر

قوله تعالى ـ يانساء النبىّ من يأت منكنّ بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين ـ وقوله (لما روينا) يعنى من حديث علىّ رضى الله عنه: يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا. والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال فى الحالتين مضمومة: ثدى الرجل أو لحم الثديين. والهمدانية بسكون الميم منسوبة إلى همدان بسكون الميم حىّ من العرب. وقوله (لما روينا) يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها إلى الثندوة. وقوله (والربط والإمساك غير مشروع) يعنى إلا أن يعجزهم كما ذكرناه.

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي : له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام ، بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه مالا يملكه الإمام فصار كالتعزير . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود » ولأن الحد حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه ، بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه .

وأعياهم فحينئذ يمسك فيربط ، فإذا هرب في الرجم ، فإن كان مقرا لا يتبع وترك ، وإن كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في إقراره لا في رجوع الشهود . وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا . ولم يذكره في الأصل ، بل في حديث على في قصة شراحة على ماقدمناه من رواية البيهقي عن الأجلح عن الشعبي وفيه : أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال : ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا . صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف ، إلى أن قال : ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف . ولا يقام حد في مسجد بإجماع الفقهاء ولا تعزير ، إلا ماروى عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط . قال أبو يوسف : أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة . وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم وإقامة حدودكم ، وجمروها في جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر » ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي ومالك وأحمد : يقيمه بلا إذن ، وعن مالك إلا في الأمة المزوجة ، واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة ، وهل يجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ، ففيه خلاف عندهم ، قال النووي : الأصح المنصوص نعم لإطلاق الخبر ، وفي التهذيب : الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير » قال ابن شهاب : لا أدرى أبعد الثالثة أو الرابعة . والضفير الحبل . وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام « أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم » ولأنه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد ، ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه مالا يملك الإمام من التصرف فلكه للإقامة عليه أولى من الإمام . ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا « أربع إلى الولاة : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والفيء » ولأن الحد خالص

وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاة » وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير ، والثلاثة الباقية : الصدقات ، والجمعات ، والفيء . وقوله (ولأن الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الإطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا ، وقولي على الإطلاق لإخراج حق العبد فإنه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح بإباحة المالك ولا يباح الزنا بإباحة المرأة ولا بإباحة أهلها ، وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير .

(قوله حق الله مشروع) أقول : حق الله مبتدأ ، وقوله مشروع خبره .

قال (وإحصان الرجل أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوّج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الإحصان) فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لاخطاب دونهما ، وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها ،

حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه وهو الإمام ، وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث ، وكونه حق الله فإنما يستوفيه نائبه مسلم ، ولكن الاستنابة تعرف بالسمع ، وقد دل على أنه استناب فى حقه المتوجه منه على الأرقاء مواليهم بالحديث السابق ، ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه ؛ فإنه لو أمر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الإمام ليأمر بإقامته ، لكن مالم يثبت المعارض المذكور لايجب الحمل على ذلك ، بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا ، والمتبادر أنه باشره أو أمر به ، على أن المتبادر أحد دائر فيهما لا فى ثلاثة وهما هذان مع رفعه إلى الحاكم ليحدّه ، نعم من استقرّ اعتقاده على أن إقامة الحدود إلى الإمام فالمتبادر إليه من ذلك اللفظ الأخير بخصوصه (قوله وإحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوّج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الإحصان) قيد بإحصان الرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتى . والإحصان فى اللغة المنع ، قال تعالى ـ لتحصنكم من بأسكم ـ وأطلق فى استعمال الشارع بمعنى الإسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية . منه ـ أن ينكح المحصنات ـ وبمعنى التزويج وبمعنى الإصابة فى النكاح وبمعنى العفة ، يقال أحصنت : أى عفت وأحصنها زوجها . قال فى المبسوط : المتقدمون يقولون إن شرائط الإحصان سبعة ، وعدّ ماذكرنا ثم قال : فأما العقل والبلوغ فهما شرطا الأهلية للعقوبة ، وإلى

وقوله (وإحصان الرجم) إنما قيد الإحصان بالرجم احترازا عن إحصان القذف فإنه غير هذا على مايجىء إن شاء الله . إحصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حرّا بالغا عاقلا مسلما قد تزوّج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الإحصان) هذا على قول المتقدمين . وأما المتأخرون فقد قالوا : شرائط الإحصان على الخصوص منها شيئان : الإسلام ، والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هى مثله . وهذا الشرط الثانى مركب من ثلاثة من ذلك . وأما العقل والبلوغ فشرط لأهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما ، وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة ، والمصنف وافق المتأخرين فى جعل العقل والبلوغ شرطا لأهلية العقوبة ، وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لأن كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعى أغلظ العقوبات

(قوله إحصان الرجم مشروط الخ) أقول : فيه نوع مخالفة لما فى الهداية (قوله بسبع شرائط (قوله أن يكون حرا الخ) أقول : فيه مسامحة إلا أن يحمل على حذف الجار (قال المصنف : وإحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا مسلما بالغا قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا الخ) أقول : وفى الجامع الرازى : لايشترط قيام النكاح لبقاء الإحصان ، كذا فى الفتاوى التمرتاشى (قال المصنف : ودخل بها وهما على صفة الإحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها ونظيره لقيت زيدا راكبين ، وفى المحيط : وأما طريق ثبوت الإحصان فشيئان : الإقرار والبينة اهـ وقال الإمام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير : ولو ارتد المحصنان بطل إحصانهما ، فإن أسلما لم يكونا محصنين إلا بجماع جديد ، وكذا الكافران يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها قبل ذلك لم يكونا محصنين ، فإن جامعها بعد العتق والإسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اهـ (قال المصنف : والعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة الخ) أقول : قال مولانا علاء الدين الأسود فى شرح الجامع الصغير : قال الإمام قاضيخان فى الجامع الصغير : وإنما يصير داخلا فى المحصن عن الزنا إذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة ، وكذلك الدين والحرية لأن الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لايبالى به ، وكذا البلوغ لأن الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب ، وكذلك الدخول فى النكاح بعد البلوغ لأن به تقع الغنية عن الزنا ، فإذا استجمعت الشرائط يصير محصنا اهـ .

وهذه الأشياء من جلائل النعم . وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به ،

ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة ، والحرية شرط تكميل العقوبة لاشرط الإحصان على الخصوص ، وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب » والثيابة لاتكون إلا بالدخول اه . واختلف فى اثنين من هذه : الإسلام وسيذكره المصنف ، وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر فى شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعى ، حتى لو تزوّج الحرّ المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أوكتابية ودخل بها لايصير الزوج محصنا بهذا الدخول ، حتى لو زنى بعده لايرجم عندنا ؛ وكذا لو تزوّجت الحرّة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبى ودخل بها لاتصير محصنة فلا ترجم لو زنت . ولو تزوّج مسلم ذمية فأسلمت بعد مادخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام : أى أن يطأها إذا زنى لايرجم ، وكذا لو أعتقت الأمة التى هى زوجة الحرّ البالغ العاقل المسلم بعد مادخل بها لايرجم لو زنى مالم يطأها بعد الإعتاق ، وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهى صغيرة وكذا لوكانت تحته حرّة مسلمة و هما محصنان فارتدّا معا بطل إحصانهما ، فإذا أسلما لايعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام . وقولنا يدخل بها فى نكاح صحيح : يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول . حتى لو تزوّج من علق طلاقها بتزوّجها يكون النكاح صحيحا ، فلو دخل بها عقيبه لايصير محصنا لوقوع الطلاق قبله . واعلم أن الإضافة فى قولنا شرائط الإحصان ينبغى أن تكون بيانية : أى الشرائط التى هى الإحصان ، وكذا شرط الإحصان . والحاصل أن الإحصان الذى هو شرط الرجم هو الأمور المذكورة ، فهى أجزاؤه ، وهو هيئة تكون باجتماعها فهى أجزاء علة ، وكل جزء علة ، فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم ، والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالإحصان ، والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الإسلام وغيره . لايقال : كما أن الحد لايثبت قياسا فكذا شروطه . لأنا نقول : بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لأن عدم جواز نفس الحد إما لعدم المعقولية أو لأنه لايثبت بما ازدادت فيه شبهة ، وإثبات الشرط احتيال للدرء لا لإيجابه بقى الشأن فى تحقيقه ، وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما فى صفة الإحصان مع غيره بقوله (وهذه الأشياء من جلائل النعم) فإن من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر فى صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أى باستجماعها ، وإذا نيط بكلها يلزم أن ينتفى الحدّ بانتفاء كل منها ، ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثر وجود الشبهة فى درء الحد ، وعدم تماثلهما شبهة فى تصور الصارف فيندرئ به ، وبيانه ماذكر فى بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته إلى الوطء عندها ، فكونه بالغا لأن الصغير لاتكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس ، وكذا المجنونة لايرغب فيها بل هى محل نفرة الطباع ، وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه فى دينه منه ومنها ، وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوّج الرقيق

وهذه الأشياء من جلائل النعم) فكفرانها يكون سببا لأفحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة إلى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه ، وانحصر الشرائط على هذا العدد لأن الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها ، والشرف والعلم والجمال والحسب وإن كانت من جلائل النعم أيضا إلا أن الشرع لم يرد باعتبارها

(قال المصنف : ولأن الحرية ممكنة) أقول : ينبغى أن يتأمل فى تعيين المعطوف عليه لقوله ولأن الحرية ممكنة .

بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال ، والإصابة شبع بالحلال ، والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا . والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعى يخالفنا فى اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف فى رواية . لهما ما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قد زنيا » . قلنا : كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » .

فلا تكمل الرغبة من الجانبين ، وإذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهى الرجم عند استجماعها فنيط به : أى بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما فى تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما فى تكميل الصارف وإن كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر ، وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهى مسامة كما يفيده ماذكر فى نفرة المسلم . وأجيب بأن يكونا كافرين فتسلم هى فيطأها قبل عرض القاضى الإسلام عليه وإبائه ، وما لم يفرق القاضى بينهما بإبائه هما زوجان (قوله والشافعى يخالفنا فى اشتراط الإسلام) أى فى الإحصان (وكذا أبو يوسف فى رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا ، فلو زنى الذمى الثيب الحر ، يجلد عندنا ويرجم عندهم . لهم ما فى الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر « أن اليهود جاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماتجدون فى التوراة فى شأن الزنا ؟ فقالوا : نفضحهم ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا

ونصب الشرع بالرأى متعذر) وقوله (ولأن الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا فى الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح) لأن الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لامحالة) والدخول به شبع بالحلال والإسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا ، والجناية عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول فى العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لامحالة ، والجمال فى المنكوحة مقنع للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف يردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه . والجواب أن المسلم الناشىء قلما يخلو عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة . وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الإحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعى يخالفنا فى اشتراط الإسلام ، وكذا أبو يوسف فى رواية) مستدلين بما روى مسندا إلى ابن عمر رضى الله عنه « أن اليهود جاءوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماتجدون فى التوراة فى شأن الزنا ؟ فقالوا : نفضحهم ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ماقبلها وما بعدها ، فقال عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفعها فإذا فيها آية الرجم ، فقال : صدق يامحمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما » (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده) ما روى أصحابنا فى كتبهم عن ابن عمر (« من أشرك بالله فليس بمحصن »)

والمعتبر فى الدخول إيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل .

بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ماقبلها وما بعدها ، فقال عبد الله : ارفع يدك ، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم ، فقال : صدق يامحمد ، فأمر بهما النبى صلى الله عليه وسلم فرجما » والذى وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا . وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم التوراة ، فإنه سألهم عن ذلك أولا ، وأن ذلك إنما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الإسلام فى الرجم ، ثم نزل حكم الإسلام بالرجم باشتراطه للإحصان وإن كان غير متلوّ ، وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » رواه إسحاق بن راهويه فى مسنده : أخبرنا عبد العزيز بن محمد : حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » فقال إسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة . ومن طريقه رواه الدارقطنى فى سننه وقال : لم يرفعه غير إسحاق بن راهويه ، ويقال إنه رجع عن ذلك ، والصواب أنه موقوف . قال فى العناية : ولفظ إسحاق كما تراه ليس فيه رجوع ، وإنما ذكر عن الراوى أنه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ، ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق إليه محكوم برفعه على ماهو المختار فى علم الحديث من أنه إذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع ، وبعد ذلك إذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لايحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرة العبد » فالله أعلم به ، ومعناه رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى بكر بن أبى مريم عن علىّ من أبى طلحة عن كعب بن مالك « أنه أراد أن يتزوّج بيهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لاتتزوجها فإنها لاتحصنك » وضعف ابن أبى مريم ، وعلىّ بن أبى طلحة لم يدرك كعبا ، لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علىّ ابن أبى طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع . وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل فى الإرسال بعد عدالة الرواة ، وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم . وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيحتج به ، ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الأول بالفروع التى ذكرها وهما معا فى غرض واحد وهو الاحتجاج على أبى يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا . واعلم أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبتت مشروعيته فى الإسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم « ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم » ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتا ، وإلا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه ، وإنما سألهم عن الرجم فى التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم ، وإذا لزم كون الرجم كان ثابتا فى شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره ، فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح ، والقول يقدم على الفعل . وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط فى إيجاب الحد ، والأولى فى الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ، ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ، ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر فى الدخول) المحقق للإحصان (إيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة

وقوله (والمعتبر فى الدخول إيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان مايحصل به الإحصان من الجماع ،

(قال المصنف : والمعتبر فى الدخول إيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) أقول : وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة إلى المعاينة كما سيجىء فى كتاب الشهادة .

وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لايكون محصنا، وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهى حرّة مسلمة عاقلة بالغة، لأن النعمة بذلك لاتتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، وقلما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفى المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين. وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة، والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام (لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرّة العبد) قال (ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع،

فقط أنزل أو لم ينزل. وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعى ورواية عن أحمد، ويجمع فى رواية أخرى عنه، وأهل الظاهر إلى أنه يجمع. للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع. وهذا على وجه القطع فى ماعز والغامدية وصاحبة العسيف، وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال «اذهبوا به فارجموه» وقال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها. وقال فى باقى الحديث «فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت» وكذا فى الغامدية والجهنية إن كانت غيرها لم يزد على الأمر برجمها وتكرر، ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم. فقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة

وفيه نظر لأنه ينافى ماتقدم من قوله والإصابة شبع بالحلال، فإن الشبع إنما يكون بالإنزال دون الإيلاج عرف ذلك فى حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم «لا حتى تذوقى من عسيلته ويذوق من عسيلتك» بالتصغير. وقوله (وشرط صفة الإحصان فيهما) ظاهر. وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة؟ وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه مالم يفرق القاضى بينهما بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقد مر (وأبو يوسف يخالفهما فى الكافرة) فى أن إسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزانى. فعنده ليس بشرط، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أى على أبى يوسف (ماذكرناه) يعنى من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين. وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على قوله ماذكرناه («لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد») ذكره شمس الأئمة السرخسى مرسلا فى مبسوطه. قال (ولا يجمع فى المحصن بين الجلد والرجم) وفى رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال «الثيب بالثيب جلد مائة ورمى بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة» ولنا أن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا الصحابة بعده، وحديث عبادة بيان لقوله تعالى ـ أو يجعل الله لهن سبيلا ـ وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا.

(قوله فإن الشبع إنما يكون بالإنزال) أقول: الإنزال لايمكن إثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضى إليه أكثريا مقامه فليتأمل (قال المصنف: وفى المملوكة حذرا عن رق الولد) أقول: هذا لايجرى فيما إذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا إذ الولد يتبع الأم فى الحرية والرقية، ولو قال وفى المملوكة لحقارتها ودناءتها لأمكن التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه: أى على أبى يوسف رحمه الله) أقول: قال الإتقانى: قوله والحجة عليه ماذكرناه: أى الحجة على أبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» اهـ. وأنت خبير بفساده، والصحيح ما ذكره الشيخ أكمل الدين.

ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ، لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو فى العقوبة أقصاها وزجره لايحصل بعد هلاكه . قال (ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى) والشافعى يجمع بينهما حدّا لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف . ولنا قوله تعالى ـ فاجلدوا ـ جعل الجلد كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور ،

ورجم أو رمى بالحجارة ، يجب قطعا كونه منسوخا . قال (ولأن الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لأن القتل إذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التى شرع لها الحدّ والنسخ قد تحقق فى حق الزنا فإنه كان أوّلا الأذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله ـ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ـ ثم نسخ بالحبس فى حقهن بقوله تعالى ـ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ـ إلى قوله ـ فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ـ فإنه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام : « خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا » وإلا لقال خذوا عن الله ، ولا يخفى أن ذلك غير لازم . والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وإن لم يعلم خصوص الناسخ . وأما جلد علىّ رضى الله عنه شراحة ثم رجمها . فإما لأنه لم يثبت عنده إحصانها إلا بعد جلدها ، أو هو رأى لايقاوم إجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا ماذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى والشافعى يجمع بينهما) وكذا أحمد والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح . وله فى العبد أقوال يغرّب سنة ، نصف سنة ، لايغرب أصلا . وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها فى قول ، وفى بيت المال فى قول . ولو امتنع فى قول يجبره الإمام ، وفى قول لا . ولو كانت الطريق آمنة ففى تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى » الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ») أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى » الحديث ، وتقدم (ولأن فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لأنه هو الداعية إلى ذلك ، ولذا قيل لامرأة من العرب : ماحملك على الزنا مع فضل عقلك ؟ قالت : طول السواد وقرب الوساد . والسواد المسارّة من ساوده إذا سارّه . ولنا قوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا ـ

وقوله (ولأن الجلد يعرى) ظاهر . وقوله (والشافعى يجمع بينهما حدا) أى فى حد الزنا بنفى الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ») ولأن التغريب من تتمة الحد ، فكما أن الرجل والمرأة فى حق الجلد سواء فكذلك فى حق التغريب (ولأن فيه) أى فى التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أى لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات ، لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى ـ فاجلدوا ـ جعل الجلد كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء ، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ؛ ألا ترى أنه إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس جزاء الشرط إلا ماهو المذكور بعد الفاء . وقوله (وإلى كونه كل المذكور) أى رجوعا إلى كونه كل المذكور ، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفى فى موضع الحاجة إلى البيان فكان ماذكره كل مايحتاج إليه فى البيان ، فلو بقى شىء يحتاج إليه ولم يبين لزم الإخلال فى البيان فى موضع الحاجة

(قال المصنف : ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول : الحسم القطع والأنسب سد باب الزنا .

ولأن فى التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء ، فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علىّ رضى الله تعالى عنه : كفى بالنفى فتنة ، والحديث منسوخ كشطره ،

شارعا فى بيان حكم الزنا ما هو . فكان المذكور تمام حكمه وإلا كان تجهيلا ، إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه فى الواقع فكان مع الشروع فى البيان أبعد من ترك البيان لأنه يوقع فى الجهل المركب وذلك فى البسيط ولأنه هو المفهوم لأنه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط ، فلو ثبت معه شىء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه فى الكتاب وهو الزيادة الممنوعة . وأما ما يفيده كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد إثبات مالم يوجبه القرآن وذلك لايمتنع وإلا بطلت أكثر السنن وأنها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ، ولذا زيد فى عدة المتوفى عنها زوجها الإحداد على المأمور به فى القرآن وهو التربص ، فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح ، وذلك أنه ليس المراد من الزيادة إثبات مالم يثبته القرآن ولم ينفه . لايقول بهذا عاقل فضلا عن عالم ، بل تقييد مطلقه على ماعرف من أن الإطلاق مما يراد ، وقد دل عليه باللفظ المطلق ، وباللفظ يفاد المعنى ، فأفاد أن الإطلاق مراد وبالتقييد ينتفى حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ، ثم لاشك أن هذا نسخ ، وبخبر الواحد لايجوز نسخ الكتاب ، وظن المعترض أن الإحداد زيادة غلط لأنه ليس تقييدا للتربص وإلا لو تربصت ولم تحدّ فى تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة ، وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب فى العدة ، فإنما أثبت الحديث واجبا لاأنه قيد مطلق الكتاب . نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا ، والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك إلى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنسا له بنسخ شطره

والعمل بالحديث الذى رواه نسخ للكتاب وهولايجوز . وقوله (ولأن فى التغريب) ظاهر . وقوله (ثم فيه) أى فى التغريب (قطع مادة البقاء) يعنى مايحتاج إليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياده شهوة . وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علىّ) نقل بفتح الجيم وكسرها ، فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علىّ لصحة ماقلناه . ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول على فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علىّ ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما فى قوله تعالى ـ والذين هم للزكاة فاعلون ـ وفى الوجه الأول كانت للتعليل . فإن قيل : الأصل أن مايصلح علة لايصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة . أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هى نافية ، مع أن النفى ليس بحكم واجب فى الحد فيصلح للترجيح . فى مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحا بعضها بعضا . وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا كذا فى النهاية . وقوله (والحديث) يعنى قوله « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » (منسوخ كشطره

(قوله والعمل بالحديث الذى رواه نسخ الكتاب وهو لايجوز) أقول : لأنه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين فى موضعه . وفيه نظر لما سيجىء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى ـ فأمسكوهن فى البيوت ـ إلا أن يقال : المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم الخ) أقول : الخصم ينكر صحة النقل عنه ، وهذه الجهة لاتؤيدها فإن طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع أن النفى ليس بحكم الخ) أقول : لعل مراده نفى النفى (قوله فى مثل هذا الموضع الخ) أقول : لابد من التأمل فى هذا المقام .

. . . .

الثانى وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر . وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم ، بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا . ولو سلك الطريق الأول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى الأمة بالقبول إن كان إجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف ، وإن كان إجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا ، وقد خطئ من ظنه يصير قطعيا فادعى فيما رواه البخارى ذلك وغلط على مايعرف فى موضعه ، وإذا كان آحادا وقد تطرق إليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التى لم يتطرق ذلك إليها فأحرى أن لاينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فإنه يعارضه فيه ، لأن الكتاب ساكت عن نفى التغريب فكيف وليس فيه مايدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد ، فإن أقصى مافيه دلالة قوله « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وهو عطف واجب على واجب وهو لايقتضيه ، بل ما فى البخارى من قول أبى هريرة « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام » وإقامة الحد ظاهر فى أن النفى ليس فى الحد لعطفه عليه ، وكونه استعمل الحد فى جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه ، وما ذكر من الألفاظ لايفيده فجاز كونه تغريبا لمصلحة . وأما مالك رحمه الله فرأى أن الحديث مادلّ إلا على الرجل بقوله « البكر بالبكر » فلم تدخل المرأة ، ولا شك أنه كغيره من المواضع التى تثبت الأحكام فى النساء بالنصوص المفيدة إياها للرجال بتنقيح المناط . وأيضا فإن نفس الحديث يجب أن يشملهن فإنه قال « خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر » الحديث ، فنص على أن النفى والجلد سبيل لهن ، والبكر يقال على الأنثى «ألا ترى إلى قوله « البكر تستأذن » ثم عارض ماذكر الشافعىّ من المعنى بأن فى النفى فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحيى منهم إن كان لها شهوة قوية فتفعله ، وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها إلى مايقوم بأودها ، ولا شك أن هذا المعنى فى إفضائه إلى الفساد أرجح مما ذكره من إفضاء قلة المعارف إلى عدم الفساد خصوصا فى مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه ، ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن فى كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن إبراهيم النخعى قال : قال عبد الله بن مسعود فى البكر يزنى بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة . قال : وقال علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه : حسبهما من الفتنة أن ينفيا . وروى محمد بن الحسن : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن إبراهيم النخعى قال : كفى بالنفى فتنة . وروى عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال : غرّب عمر رضى الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر : لا أغرب بعده مسلما . نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة فى التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبى صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبى بكر وعمر وعثمان . فى الترمذى : حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا : حدثنا عبد الله بن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرّب » إلا أنه قال : حديث غريب . وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيد الله فرفعوه ، ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن نافع عن ابن عمر : أن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث . وهكذا روى

وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وقد عرف طريقه فى موضعه . قال (إلا أن يرى الإمام فى ذلك مصلحة فيغرّ به على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفيد فى بعض الأحوال فيكون الرأى فيه إلى الإمام ، وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة

من غير رواية ابن إدريس عن عبد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم اهـ . وقال الدارقطنى بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبى سعيد الأشجّ عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر : إن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث . لم يقل فيه إن النبى صلى الله عليه وسلم هى الصواب ، لكن روى النسائى : حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن إدريس به مرفوعا ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وذكره ابن القطان من جهة النسائى وقال : رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته ، وقال أيضا : عندى أن الحديث صحيح ، ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبد الله جميع ماذكر . والحاصل أن فى ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ

وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وقد عرف طريقه فى موضعه) قيل يعنى فى طريقة الخلاف . فإن قيل : هذا إثبات النسخ : بالقياس . أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ماهو . وحاصل ذلك أن حكم الزنا فى الابتداء كان إمساك الزوانى فى البيوت حتى يتوفاهن الموت والإيذاء باللسان ، فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا » ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى ـ الزانية والزانى ـ . والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ـ الزانية والزانى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «خذوا عنى » ولو كان انتساخ إمساك الزوانى فى البيوت بقوله ـ الزانية والزانى ـ لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله . وهذه الدلالة التى هى دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم فى حديث العرنيين وإليه أشار بقوله فى الكتاب وقد عرف طريقه فى موضعه : أى دل فى حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم « استنزهوا البول » وهو جواز المثلة ، فكذلك ههنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ـ الزانية والزانى ـ ـ وهو ماذكرنا ، هذا ماذكره فى النهاية وتبعه غيره من الشارحين . وقوله (إلا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى يعنى إذا رأى الإمام تغريب الزانى مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر مايراه بطريق التعزير والسياسة (لأنه قد يفيد فى بعض الأحوال فيكون الرأى فيه إلى الإمام ، وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضى الله عنه جلد بكرين ونفاهما إلى فدك ، وعمر رضى الله عنه سمع قائلة تقول :

(قوله قيل يعنى فى طريقة الخلاف) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى . وقال الإتقانى فى شرح قوله إذا زنى الصبى أو المجنون أو غيره : طريقة الخلاف اسم كتاب للإمام علاء الدين العالم (قوله حاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول : قال الإمام فخر الدين الزيلعى : حكم الزنا كان فى الابتداء الإيذاء باللسان كما قال الله تعالى ـ فآذوهما ـ ثم نسخ بالحبس فى البيوت بقوله تعالى ـ فأمسكوهن فى البيوت ـ الآية اهـ . ففيه نوع مخالفة لما فى النهاية والعناية فليتأمل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى ـ أو يجعل الله لهن سبيلا ـ ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول : ههنا خفاء لايخفى . نعم نسخه فى حق جواز المثلة بما روى من النهى عنها بعده لا كلام فيه ، وإنما النزاع فى نسخه فى حق حل الانتفاع بأبوال الإبل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل .

(وإذا زنى المريض وحدّه الرجم رجم) لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى إلى الهلاك ولهذا لايقام القطع عند شدة الحرّ والبرد (وإن زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدى إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أى ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغنى ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن فى التأخير

وأما عن أبى بكر وعمر فلا اختلاف فيه ، وقد أخرج ذلك عنهما أيضا فى الموطإ . وأما روايته عن عثمان ففى مصنف ابن أبى شيبة : حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال : جلد عثمان امرأة فى زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهرى إلى خيبر نفاها إليه . فهذا التغريب المروى عمن ذكرنا كتغريب عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل ... سهل المحيا كريم غير ملجاج

وذلك لايوجب نفيا ، وعلى هذا كثير من المشايخ السلوك المحققين رضى الله عنهم ورضى عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغرّبون المريد إذا بدا منه قوّة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين . ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذى ينبغى أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب ، لأن مثله فى ندم وشدة ، وإنما زل لغلبة النفس . أما من لم يستحى وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لاشك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله وإذا زنى المريض وحدّه الرجم) بأن كان محصنا حد لأن المستحق قتله ورجمه فى هذه الحالة أقرب إليه (وإن كان حدّه الجلد لايجلد حتى يبرأ) لأن جلده فى هذه الحالة قد يؤدى إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه ، ولو كان المرض لايرجى زواله كالسل أو كان خدجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعى يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة ، وقد سمعت فى كتاب الأيمان أنه لابد من وصول كل شمراخ إلى بدنه ، وكذا قيل لابد أن تكون حينئذ مبسوطة ، ولخوف التلف لايقام الحدّ فى البرد الشديد والحرّ الشديد ، بل يؤخر إلى اعتدال الزمان ، وهذا فى البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لأنه قد يمرض ، أما الحر فلا . نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضى الحال تأخير حدّه للبرد والحر ، بخلاف القطع على ماذكره المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدّة الفصلين (قوله وإذا زنت الحامل) لم تحدّ حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدى إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة) لأنه مسلم لاجريمة منه ، فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل ... سهل المحيا كريم غير ملجاج

فطلب نصرا ونفاه ، وذلك لايوجب النفى ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له ، فقال : ماذنبى يا أمير المؤمنين ؟ فقال : لاذنب لك ، وإنما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك . وعثمان رضى الله عنه جلد زانيا ونفاه إلى مصر ، وعلىّ رضى الله عنه جلد ونفى ثم قال : كفى بالنفى فتنة ، وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير . وقوله (وإذا زنى المريض الخ) ظاهر .

صيانة الولد عن الضياع ، وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعد ما وضعت « ارجعى حتى يستغنى ولدك » ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس .

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه)

من نفاسها فى الجلد ، ولو أطالت فى التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها ، فإن قلن هى حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة إلى أن تلد) وإن ثبت بالإقرار لا تحبس لعدم الفائدة لأن لها الرجوع متى شاءت . وعن أبى حنيفة إذا ولدت لا تحدّ حتى تفطم الولد إذا لم يكن له من يربيه . وتقدم فى حديث الغامدية « أنه ردّها حتى يستغنى فرجعت ثم جاءت به وفى يده كسرة وقالت ها قد فطمته » وفى حديث آخر قال « اذهبى حتى تضعى ما فى بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إلىّ رضاعه ، قال : فرجمها » وهذا يقتضى أنه رجمها حين وضعت ، بخلاف الأول . والطريقان فى مسلم وهذا أصح طريقا لأن فى الأول بشير بن المهاجر وفيه مقال . وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع فى الحديث الأول نسبتها إلى الأزد . وفى حديث عمران ابن حصين : « جاءت امرأة من جهينة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفيه رجمها بعد أن وضعت » .

(باب الوطء الذى يوجب الحدّ والذى لا يوجبه)

لما كان الكتاب إنما هو معقود لبيان الحدود كان الحدّ هو المقصود الأصلى ، فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ، ثم أراد تقديم حدّ الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لأنها هى المقصودة وذلك بثبوت سببه . وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية إقامته وشروطها فكان تصوّر حقيقة السبب الذى هو الزنا بالنسبة إلى مقصود الكتاب ثانيا ، وإن كان بالنسبة إلى التحقق فى الوجود أوّلا فأخر المصنف تعريفه إلى أن فرغ من المقاصد الأصلية ، وذكر أن الزنا فى عرف اللغة والشرع : يعنى لم يزد عليه فى الشرع قيد وعرفه على هذا

وقوله (قال للغامدية) روى « أن الغامدية لما أقرّت بالزنا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه الصلاة والسلام : ارجعى حتى تضعى مافى بطنك ، فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرّت ، فقال : لها ارجعى حتى يستغنى ولدك ، فقالت : أخاف أن أموت قبل أن أحدّ ، فقال رجل : أنا أقوم بتربية ولدها يارسول الله . فأمر صلى الله عليه وسلم برجمها » فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مربّ .

(باب الوطء الذى يوجب الحدّ والذى لا يوجبه)

لما فرغ من بيان إقامة الحدّ شرع فى بيان مايوجب الحد وما لا يوجبه ، وقد ذكرنا تعريف الزنى فى أول

(باب الوطء الذى يوجب الحدّ والذى لا يوجبه)

قال (الوطء الموجب للحدّ هو الزنا) وأنه فى عرف الشرع واللسان : وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك ، وشبهة الملك لأنه فعل محظور ، والحرمة على الإطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته ،

التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك) وهذا لأن فى اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجىء هذا الشرع وإن كان هو فى نفسه أمرا شرعيا ، لكن ثبوته بالشرع الأول بالضرورة ، والناس لم يتركوا سدى فى وقت من الأوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم عليه السلام ، أو من قبل بعثه بوحى يخصه : أى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا فى الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وإن كان الوضع قبلها فثبوت المسمى فى الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ، ولا شك فى أنه تعريف للزنا فى اللغة والشرع ، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم ، والموجب للحدّ منه بعض أنواعه ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم «العينان تزنيان وزناهما النظر» ولو وطئ رجل جارية ابنه لايحدّ للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا ، فدل على أن فعله زنا وإن كان لايحدّ به ، فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شىء ، لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده إلى تعريف الزنا الموجب للحد ، وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى ووطء المجنون والمكره ، بخلاف الصبى ، فإن الجنس وطء الرجل ، فالأولى فى تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الإسلام ، فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره وبالصبية التى تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء

كتاب الحدود ، وذكره المصنف ههنا . واعترض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق فى فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لايحدّ قاذفها بالزنا حد القذف ، وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه . وأجيب بأن هذا التعريف إنما هو بالنسبة للأصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجىء بعد هذا

(قال المصنف : وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك الخ) أقول : قوله فى غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل، ثم أقول : الأولى أن يقول المشتهاة احترازا عن وطء صبية لايجامع مثلها ، فإن وطأها لايوجب الحد كما ستجىء الإشارة إليه ، ثم الأولى أن يقول عن طوع احترازا عن وطء المكره حيث لايوجب الحد وسيجىء، وقد سبق من الشارح مايتوهم كونه جوابا عن هذا فى باب اليمين فى الدخول والسكنى إلا أن فيه أيضا كلاما مع أن المصنف أسند إلى المكره الزنا فيما سيجىء . قال فى البدائع : الزنا فى عرف الشرع اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا اهـ . وفيه أيضا قوله وعن حق الملك احتراز عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله فإنه لاحد عليه وإن علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت ، فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ، ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب يعتمد الملك فى المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفى لسقوط الحد ولا يكفى لثبوت النسب اهـ . وقوله ممن التزم أحكام الإسلام احتراز عن الحربى وسيجىء . وقوله وشبهته فى قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احتراز عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجىء . وقوله وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك و النكاح جميعا احتراز عن وطء المزفوفة إلى غير زوجها ووطء الأعمى من أجابته يظن أنها امرأته وسيجىء (قوله لأن الزنا يصدق فى فعل المرأة) أقول : أى يتحقق ، فإن الصدق المعدى بفى يكون بمعنى التحقق كما تبين فى كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لايحد قاذفها بالزنا الخ) أقول : لعل المشار إليه بقوله هذا فى قوله هذا الفعل هو الوطأة للرجل المفهوم من التعريف المذكور . قال فى النهاية : ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ، ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف إذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اهـ . وغير الشارح إلى قوله ولهذا لايحد الخ ، إذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحد قاذفها بالزنا لايدل عليه صريحا لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لايصدر منها ولا يتصور صدورها ، بخلاف ماذكره الشارح فليتأمل ، ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع فى هذا المقام ، فإن بصدد بيان مايوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته (قوله والمرأة تدخل فيه تبعا) أقول : قوله والمرأة أى وزنا المرأة ، وقوله تدخل فيه تبعا : أى يفهم تعريف الزنا (قوله لما سيجىء بعد هذا الخ) أقول : لعله تعليل لأصالة الرجل المفهوم من التقرير .

العجوز ، ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فإنه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف . وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ، إن كان معناه آن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين ، فلا شك فى أنه لايشمله الجنس الذى هو وطء المكلف لأنه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله ، وكون فعلها تبعا لفعله إنما هو فى الوجود الخارجى ، والكلام فى تناول اللفظ وإن أريد أنها لاتسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها فى قوله تعالى ـ الزانية والزانى ـ بطريق المجاز فلا حاجة إلى أنه تبع بل لايجوز إدخاله فى التعريف . وعلى هذا كلام السرخسى والمصنف وغيرهما فى مسئلة ما إذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبى حنيفة لايحد واحد منهما على ما سيأتى ، وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما ، فإذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هى واطئة ولذا سماها سبحانه زانية . وأعجب من هذا الجواب أنه قال فى الإيراد المذكور على التعريف مغالطة ، والقطع بأن وطأه ليس يصدق على تمكينها بهو هو ، فإذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارجى إذا وجد من الرجل فى الخارج يستدعى فعلا آخر منها إذا كانت طائعة لايقتضى أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق . فالحق أنها إن كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها ، بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة إلى كل منهما فيقال إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على مالو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين . وقوله لأنه فعل الخ تعليل لأخذ عدم الملك وشبهته فى الزنا : أى إنما شرط ذلك لأن الزنا محظور فلا بد فى تحققه من ذلك . وقوله يؤيده الحديث : أى يؤيد الأمرين معا ، وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما فى الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ، ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا ، وذكر أنه فى الخلافيات للبيهقى عن على رضى الله عنه ، وهو فى مسند أبى حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » وأسند ابن أبى شيبة عن إبراهيم هو النخعى قال : قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات . وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضى الله عنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لايحل أن يدرأ بشبهة ، وشنع بأن الآثار المذكورة لإثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شىء بل عن بعض الصحابة من طرق لاخير فيها ، وأعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالإرسال وهو غير رواية ابن أبى شيبة فإنها معلولة بإسحاق بن أبى فروة . وأما التمسك بما فى البخارى من قوله عليه الصلاة والسلام « ومن اجترأ على مايشك فيه من الإثم أو شك أن يواقع ما استبان ، والمعاصى حمى الله تعالى « من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » فإن معناه : أن من جهل حرمة شىء وحله فالورع أن يمسك عنه ، ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه ، ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ، ونحن نقول : إن الإرسال لايقدح ، وأن الموقوف فى هذا له حكم المرفوع

يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود بالشبهات » ثم الشبهة نوعان : شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية .

لإن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل ، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لايرتفع بشبهة ، فحيث ذكره صحابى حمل على الرفع . وأيضا فى إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ، ولذا قال بعض الفقهاء : هذا الحديث متفق عليه ، وأيضا تلقته الأمة بالقبول . وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة مايقطع فى المسئلة . فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز « لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا ، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك وإلا فلا فائدة . ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه ؛ وكذا قال للسارق الذى جىء به إليه « أسرقت ما إخاله سرق » وللغامدية نحو ذلك، وكذا قال علىّ رضى الله عنه لشراحة على ماأسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة ، لعله استكرهك ، لعل مولاك زوّجك منه وأنت تكتمينه ، وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا . فالحاصل من هذا كله كون الحدّ يحتال فى درئه بلا شك ، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت ، وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله « ادرءوا الحدود بالشبهات » فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشاك فيه شكا فى ضرورى فلا يلتفت إلى قائله ولا يعوّل عليه . وإنما يقع الاختلاف أحيانا فى بعض أهى شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء . إذا عرف هذا فنقول: الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت ، وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات ، فالشافعية قالوا : الشبهة ثلاثة أقسام : فى المحل ، والفاعل ، والجهة . أما الشبهة فى المحل فوطء

أن كل موضع يجب فيه الحدّ على الرجل يجب على المرأة، وكل موضع لايجب فيه على الرجل لايجب على المرأة . فإن قيلت : قوله لأنه فعل محظور تعليل واقع فى غير محله لأنه فى التصورات . قلت : التعليل ليس لإثبات التعريف وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا . وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون فى غير شبهة الملك لأنه فعل محظور يوجب الحدّ فيعتبر فيه الكمال ، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » ثم الشبهة) وهى مايشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان : شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه، حتى لو قال علمت أنها تحرم علىّ حدّ (وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فإنها لاتوجب الحد ؛ وإن قال علمت أنها حرام علىّ

(قوله وكل موضع لايجب فيه على الرجل لايجب على المرأة) أقول : سيجىء من المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم يجىء أن الحربى إذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربى والمكره عند أبى حنيفة ، وهذا الذى ذكره الشارح مخالف لما سيجىء . وجوابه أنه موجب فيهما أيضا ، وإنما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الأب فلا مخالفة (قوله وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا) أقول : الأولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف ، إلا أن يقال : المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج إلى البيان ، وإيراد المصنف فى التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول : فيكون تعليلا للحكم الضمنى الذى يفهم من التعريف (قوله لأنه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول : أى يعتبر فى الحظر .

فالأولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه . والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده . والحدّ يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث . والنسب يثبت فى الثانية إذا ادعى الولد ، ولا يثبت فى الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا فى الأولى ، وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية

زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الإستبراء وجارية ولده ولا حدّ فيه ، ولو وطئ أمته المحرّمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر . وأما الشبهة فى الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد ، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه . وأما الشبهة فى الجهة قال الأصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لاحدّ فيها وإن كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود . وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين : شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة : أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه . وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك : أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالأولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه الخ) أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولا دليل فى السمع يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن . وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لادليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الأمر ، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهى الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحدّ يسقط بكل منهما لإطلاق الحديث) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود بالشبهات » (وقوله والنسب يثبت فى الثانى) أى فى شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت فى الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا) لفرض أن لاشبهة

(فالأولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة إلى الظان (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) لكن لايكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لإطلاق الحديث) لكن فى الأولى عند الظن وفى الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت فى الثانى) أى فى الوطء الثانى ، وقيل أى فى المذكور الثانى ، والأولى أن يقال فى النوع الثانى (إذا ادعى الولد ولا يثبت فى الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض) أى خلص (زنا فى) الشبهة (الأولى وإن سقط الحدّ لأمر راجع إليه) أى إلى الواطئ . وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه ، فإن المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لأن هذا وطء فى شبهة

(قال المصنف : والنسب يثبت فى الثانى إذا ادعى الولد ولا يثبت فى الأول) أقول : فى الكافى : إذا وطئ الجد أمة ولد ولده لايحد لشبهة الملك ، فإن حبلت فولدت لايثبت نسبه عند قيام الأب . ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبى الليث : إذا زنى بجارية نافلته والأب فى الأحياء وقال ظننت أنها على حرام لايحد ويثبت النسب اه . وفى معراج الدراية : ذكر البزدوى : وطئ جارية حافده والأب فى الأحياء لايجب الحد باعتبار الولاد ، والشبهة نشأت من الأبوة وهى قائمة ولهذا يعتق عليه ، لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقى وطؤها فى غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفى لدرء الحد ولاتكفى لإثبات النسب اه . قال الإتقانى : الجد إذا وطئ جارية ولد ولده لايثبت النسب ، ولايجب الحد إذا كان الأب فى الأحياء ، كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه) أقول : وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجىء فى الورق الآتى (قوله لأن هذا وطء فى شبهة العقد) أقول : فيه بحث

مواضع : جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثا وهي في العدّة ، وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة ، وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود .

ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع إليه : أي إلى الواطئ لا إلى المحل ، فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ، وكذا لاتثبت به عدّة لأنه لاعدة من الزاني . قيل هذا غير مجرى على عمومه فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب . وفي الإيضاح : المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا . قال شارح : بل هو على ظاهره . وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين : يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق ، بخلاف ما إذا كان لتمامهما ، وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به لتمام سنتين إنما لايثبت نسبه إذا لم يدعه ، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدّة بشبهة ، والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بأنه زنى محض ، فلابد من الجمع بحمل أحد النصين على ماهو الأولى في النظر . وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد ، بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فإنه لاشبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع : أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وإن عليا أو زوجته ، أو المطلقة ثلاثا

العقد فيكفي لإثبات النسب . وفي الإيضاح : المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا ، وعدّ شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر ، فإذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد ، وإن قال الرجل علمت أنها حرام عليّ وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لايحد واحد منهما . أما المرأة فلدعوى الشبهة ، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما ، فإذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ماسيجيء . فإن قيل : ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لايحد إذا قال ظننت أنها تحل لي . أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين . فإن قيل : بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في إسقاط الحد . أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه ، وإنما قيد الطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال علمت أنها عليّ حرام على مايجيء ، وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ماقلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدّة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه ، وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي لايحدّ ، وعلى رواية كتاب الرهن لايجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة لأنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على مالو وطئ جارية اشتراها على أن البائع بالخيار ، وإنما قلنا انعقد له فيها سبب الملك

فى هذه المواضع لاحدّ عليه إذا قالت ظننت أنها تحل لى . ولو قال علمت أنها علىّ حرام وجب الحد . والشبهة فى المحل فى ستة مواضع : جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات ، والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض ، والمشتركة بينه وبين غيره ، والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن . فى هذه المواضع لايجب الحد وإن قال علمت أنها علىّ حرام .

فى العدة ، أو بائنا على مال ، وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية ، أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه ، والمرتهن يطأ المرهونة فى رواية كتاب الحدود وهو الأصح ، والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن (فى هذه المواضع لاحدّ إذا قال ظننت أنها تحل لى ، ولو قال علمت أنها حرام علىّ وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لاحدّ عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لأن الشبهة إذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت إلى الآخر ضرورة . والشبهة فى المحل فى ستة مواضع : جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات . والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل تسليمها إلى المشترى ، والمجعولة مهرا إذا وطئها الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة لأن الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشترى والمالك كان مساطا على وطئها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطئ وغيره . والمرهونة إذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (فى هذه المواضع لايجب الحد وإن قال علمت أنها علىّ حرام)

لأنه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن ، وإذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك . ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لايفيد ملك المتعة بحال فقيامه لايورث شبهة حكمية قياسا على الإجارة فإنها لاتفيد ملك المتعة بحال . فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة ، إلا أنه لايجب إذا اشتبه عليه لأنه موضع اشتباه لأن ملك المال فى الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب ملك فى حق المال فيشتبه أنه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أولا ، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشتبه ، وبخلاف البيع بشرط الخيار لأنه إنما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة ، وههنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لايفيد ملك المتعة فى حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة . ثم عدّ الشبهة فى المحل وهى فى ستة مواضع على ماذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة فى كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم) لأن اليد التى كان بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة فى المحل (والممهورة فى حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك فى النصف (والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (فى هذه المواضع لايحد) بكل تقدير ، وهذان النوعان

(قوله فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية) أقول : لفظة ما فى قوله فما أورث نافية (قوله وإن لم يكن سببا فى الرهن) أقول : لأنه إنما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وهذا لايقبل ملك المتعة كما سنذكره (قوله والممهورة فى حق الزوج) أقول : أى التى جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول : أى قبل قبض الزوجة .

ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقين لاتثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى، إذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها عليّ حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية .

لأن المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة فى نفس الحكم : أى الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا إلى دليل الحل على ماتقدم من قوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ونحوه ، ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها . وفى الإيضاح فى المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لى ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يحد ، وفى كتاب الحدود يحد ، فلا يعتبر ظنه لأنه لا استيفاء من عينها بل من معناها ، فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت . وجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك فى الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع . ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لايفيد ملك المتعة بحال فهى كالمستأجرة للخدمة ، ومقتضاه أن يجب الحد وإن اشتبه ، إلا أن ملك العين فى الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن فى الرهن سببا ، ، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية ، بخلاف المرهونة لايفيد الملك إلا مع هلاكها ، فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة . هذا وقد دخل فى سبب الملك صور : مثل وطء جارية عبده المأذون والمديون ومكاتبه وطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار للمشترى ، وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء. والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو بمطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلاحدّ عليه ولاعلى قاذفه ، لأن بعض الأئمة لم يحرّم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لافائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وإن كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقين لاتثبت هذه الشبهة إذا علم بتحريمه. ويظهر ذلك فى نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة : شبهة الفعل ، وشبهة المحل ، وشبهة العقد ، وكذا قسمها فى المحيط . وذكر فى شبهة العقد أن يطأ التى تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وهى أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير إذن مولاه . قال : ولو تزوّج أمة على حرة أو مجوسية أو خمسا فى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لاحدّ عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب الحد .

من الشبهة هو ما كان راجعا إلى الفاعل والقائل ، وثم شبهة أخرى وهى التى تثبت بالعقد فإنها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه أو مختلفا فيه ، وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة أو جاهلا بها (وعند) العلماء (الباقين لاتثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا) أى هذا الذى ذكرنا من بيان نوعى الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه .

(قوله هو ما كان راجعا إلى الفاعل الخ) أقول : كأنه يشير إلى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا إلى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبي حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول : أى الشبهة فى المحل ، وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل فى الحصر فى نوعين كما لايخفى ، ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو الشبهة التى لا اختلاف فيها .

وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع . ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف . ولو قال ظننت أنها تحل لى لايحدّ لأن الظن فى موضعه لأن أثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى إسقاط الحد . وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار فى العدة (ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها علىّ حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه ؛ فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية ، وكذا الجواب فى سائر الجنايات

(قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل) إذ قال تعالى ـ فإن طلقها ـ يعنى الثالثة ـ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ (وعلى ذلك الإجماع فلايعتبر قول المخالف فيه) أى فى المحل وهم الإمامية والزيدية القائلون بأن الطلاق الثلاث بكلمة لايقع به إلا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لأنه خلاف) بعد تقرر الإجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الأمة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الإجماع ليعتبر ، وهذا لما قدمناه فى أول كتاب الطلاق من أن إجماع الصحابة تقرر فى زمن عمر على ذلك . وأن الأحاديث الواردة فى أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة إلى آخر مايعلم فيما أسلفناه . وصح عن علىّ رضى الله عنه وقوع الثلاث خلاف مانقلوا عنه . ثم لايخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلايعتبر إنما هو على الإجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لأن محل انتفاء الحل فى الكتاب ما إذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ، ولاخلاف لأحد فيها ، إنما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحدّ لأن الظن فى موضعه ، لأن أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب إذا ولدت ، وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ، ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه ، فأمكن أن تقيس حل الوطء على بعض هذه الأحكام فتجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه ، بخلاف مالو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أوجارية أجنبية على ما يأتى لأنه فى غير موضعه (قوله وأم الولد إذا أعتقها مولاها) وهى فى العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالإجماع) يريد حرمة أن يطأها فى العدة ، بخلاف الرجعية فإنه لا إجماع فى حرمته ، وبخلاف ما إذا طلقها بالكناية كأن (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها علىّ حرام لايحد لاختلاف الصحابة) فى الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أى الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود . ففى مصنف عبد الرزاق : حدثنا الثورى عن منصور ، حدثنى إبراهيم عن علقمة والأسود أن ابن مسعود : جاء إليه رجل فقال : كان بينى وبين امرأتى كلام فقالت : لو كان الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع ، قال : فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا . قال ابن مسعود : أراها واحدة وأنت

وقوله (وقد نطق الكتاب) يعنى قوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد ـ وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والإمامية ، فإن الزيدية تقول إذا طلقها ثلاثا جملة لايقع إلا واحدة ، والإمامية تقول إنه لايقع شىء أصلا لكونه خلاف السنة ، ويزعمون أنه قول علىّ رضى الله عنه (لأنه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا ، والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا . وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر . وقوله (فى حق النسب) يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فإنه لايثبت .

وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حدّ على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علىّ حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » والأبوّة

أحق بالرجعة ، وسألنا أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : ماذا قلت ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها ، قال : وأنا أرى ذلك ، وزاد من طريق آخر : ولو رأيت غير ذلك لم تصب . وأخرج ابن أبى شيبة عنهما فى مصنفه أنهما قالا فى البرية والخلية هى تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها . وأخرج محمد بن الحسن فى الآثار : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن إبراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما كانا يقولان فى المرأة إذا خيرها زوجها فاختارته فهى امرأته ، وإن اختارت نفسها فهى تطليقة وزوجها أملك بها . ومن مذهب علىّ فى خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبى شيبة إلى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث . وبهذا يعرف خطأ من بحث فى المختلعة وقال : ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة فى الخلع . وهذا غلط لأن اختلافهم فيه إنما هو فى كونه فسخا أو طلاقا ، وعلى كل حال الحرمة ثابتة فإنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا ، وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطئها فى العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت أنها حرام لايحدّ لتحقق الاختلاف ، وإذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية ، وعرف أن تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ، ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به ؛ فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وإن كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » غير معمول به فى إثبات حقيقة ملك الأب لمال ابنه نفسه ، وهذه المسئلة يلغز بها فيقال : مطلقة ثلاثا وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها لايحد ، وهى ماوقوع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حدّ على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وإن كان ولده حيا وإن لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه ، وتقدمت هذه المسئلة فى باب نكاح الرقيق ثم فى الاستيلاد ، وهذا لأن الشبهة حكمية لأنها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذرى عن جابر أن رجلا قال : يارسول الله إن لى مالا وولدا وأبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال : أنت ومالك لأبيك » . وأخرج الطبرانى فى الأصغر والبيهقى فى دلائل النبوّة عن جابر « جاء رجل إليه عليه الصلاة والسلام فقال : يارسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ ماليه ، فقال عليه الصلاة والسلام : ادعه ليه ، فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام : إن ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله ، فقال : سله هل هو إلا عماته أو قراباته أو ما أنفقه على نفسى وعيالى ، قال : فهبط جبريل عليه السلام فقال : يارسول الله إن الشيخ قال فى نفسه شعرا لم تسمعه أذناه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قلت فى نفسك شعرا لم تسمعه أذناك فهاته ، فقال : لايزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ، ثم أنشأ يقول :

غذوتك مولودا ومنتك يافعــا ... تعلّ بما أجنى عليك وتنهــل
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت ... لسقمك إلا ساهــرا أتململ

وقوله (وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أى كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها فى العدة لايحد وإن قال علمت أنها علىّ حرام لأن اختلاف الصحابة لايرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلايجب الحد . وقوله (ولاحدّ على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعنى وإن كان ولده حيا ، وقد يشير إلى ذلك

قائمة فى حق الجد . قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لى فلا حدّ عليه ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علىّ حرام حد ، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) لأن بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

تخاف الردى نفسى عليها وإنها لتعلم أن الموت حتم موكل
كأنى أنا المطروق دونك بالذى طرقت به دونى فعينى تهمل
فلما بلغت السن والغاية التى إليك مراما فيك كنت أؤمل
جعلت جزائى غلظة وفظاظة كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوتى فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتنى حقّ الجوار ولم تكن علىّ بمال دون مالك تبخل

قال : فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال : اذهب أنت ومالك لأبيك» . وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة . وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضى بإطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده . وإن كان ولده الذى هو سيد الأمة حيا فإنه قال فى وضع المسئلة : لا حدّ على من وطئ جارية ولده وولد ولده . ثم قال : ويثبت النسب : أى من واطئ جارية ولده وولد ولده . لكنه إنما أراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الأب . وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لأبى الليث : إذا زنى بجارية نافلته والأب فى الأحياء وقال ظننت أنها علىّ حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه . وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ، ونفس أبى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب ، وصرح به فى الكافى . وفى المبسوط : أن من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه ، وكذا الولد لأن صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حياة الأب ، ولكن إن أقرّ به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ، ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يتملكها ، وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوّة فيجب العقر ، وكذلك إن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر ، لأنا علمنا أن العلوق كان فى حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه ، وإن كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق فى الدعوة ، صدقه ابن الابن أو كذبه ، لأن العلوق حصل بعد موت الأب ، والجد عند عدم الأب كالأب فى الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاد (قوله وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لى فلا حدّ عليه ولا على قاذفه) وزفر يحدّه لقيام الوطء الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد ، كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها لى لا يحد ، وإن قال علمت حرمتها حدّ (لأن بين هؤلاء) أى بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا فى الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتى (فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

تعليل الكتاب وهو قوله والأبوّة قائمة فى حق الجد . وقوله (وقد ذكرناه) أى فى باب نكاح الرقيق .

حقيقة فلا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لى والفحل لم يدّع فى الظاهر لأن الفعل واحد (وإن وطئ جارية أخيه أوعمه وقال ظننت أنها تحل لى حد) لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا .

حقيقة فلا يحدّ قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أى إذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو ابن مولاى أو مولاتى يحل لى أو زوج سيدتى وكذا فى الأخريين (والفحل لم يدّع) ذلك لايحد (فى ظاهر الرواية لأن الفعل واحد) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يحد الفحل لأن الشبهة إنما تمكنت فى التبع وهى المرأة لأنها تابعة فى الزنا فلا تكون متمكنة فى الأصل ، بخلاف ثبوتها فى جانب العبد إذا قال ظننت حلها لأن الثبوت فى الأصل يستتبع التبع . وأجيب بأن الفعل لما كان واحدا له نسبة إليهما كان مايثبت فيه مايتعلق بكل من طرفيه . وأورد عليه مالو زنى البالغ بصبية يحد هودونها . أجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة فى الفعل فإنه لم تثبت شبهة فوجب الحكم عليه وإنما تعذر إيجابه عليها لأنها ليست أهلا للعقوبة ، بخلاف مانحن فيه فإن الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه ، وإذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ، ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده (قوله وإن وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت أنها تحل لى حدّ) لأنه لاشبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى مال الآخر ، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ، ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرّما فلايعارض مافى المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام ، وإنما ينفيه مسئلة الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لايلتفت إليه ويحدّ ، وإن كان فعله أوّل يوم دخل الدار لأن الزنا حرام فى جميع الأديان والملل لاتختلف فى هذه المسئلة ، فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلى أنه لايعلم حرمة الزنا لايحد لانتفاء شرط الحد ، ولوأراد أن المعنى أن شرط الحد فى نفس الأمر علمه بالحرمة فى نفس الأمر ، فاذا لم يكن عالما لاحد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحدّ هذا الرجل الذى ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب فى نفس الأمر لأنه لامعنى لكونه واجبا فى نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام ، لأنه لايجب على الزانى أن يحدّ نفسه ولا أن يقرّ بالزنا ، بل الواجب عليه فى نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة ، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد على الإمام . هذا ، وأورد أنه لوسرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لايقطع ، فظهر أن بينهما انبساطا . أجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخوله فى بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة

قوله (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لى وقد قدمناه . وقوله (فى الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أى لاحدّ على العبد فى ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) فورود الشبهة فى أحد الجانبين يكفى لإسقاط الحد عن الآخر . فإن قيل : يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد . أجيب بأن سقوط الحد فى جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت فى فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر فى الجانب الآخر (وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لى حدّ لأنه لاانبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعنى قوله لاانبساط فى المال فيما بينهما . فإن قيل : لم لم يجعل هذا كالسرقة يعنى إذا سرق مال أخيه أو أخته لايقطع . أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولاحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز ، وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد .

(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لاحدّ عليه وعليه المهر) قضى بذلك علىّ رضى الله عنه وبالعدة : ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار فى موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لايميز بين امرأته وبين غيرها فى أوّل الوهلة فصار كالمغرور . ولا يحد قاذفه إلا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لااشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل ، وهذا

ينفى معنى الحرز فانتفى القطع . أما الحد فنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أى بعثت (إليه غير امرأته وقال النساء هى روجتك فوطئها لاحدّ عليه وعليه المهر) وهذه إجماعية لايعلم فيها خلاف ، ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ . ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب . فالأوجه أنها شبهة دليل ، فإن قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء ، فإن قول الواحد مقبول فى المعاملات ، ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاى أرسلنى إليك هدية ، فإذا كان دليلا غير صحيح فى الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحدّ قاذفه إلا فى رواية عن أبى يوسف) فإن إحصانه لايسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا . وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقى الظاهر معتبرا فى إيراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد ، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا ، وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن فى شبهة المحل لايكون الفعل زنا . والحاصل أنه لواعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لايثبت النسب ، وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما علىّ لعلمى بكذب النساء لايحد ويحد قاذفه . والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه ، وكون الإخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فى شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو مامقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لأبيك ، والملك القائم للشريك لامايطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه : أعنى عدم ثبوت النسب للإجماع فيه ، وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل . ولنا أن المسقط

قال (ومن زفت إليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة فى المحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ، ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب ، ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت وكلامه واضح . قوله (ولا يحد قاذفه إلا فى رواية عن أبى يوسف) يعنى أنه يقول فيها إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا فى الظاهر فلا يسقط به إحصانه . ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه .

(قوله هذا من باب الشبهة فى المحل) أقول : فيه بحث ، بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعى والنسفى فى الكافى وصاحب الإيضاح ، ألا ترى أن الظاهر أنه إن علم أنها ليست امرأته يحد وذلك يكون فى شبهة الاشتباه ليس إلا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول : نعم إلا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة فى المحل تكون مع قيام الدليل النافى للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت) أقول : فيه أن القياس كان ذلك ، إلا أنه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما اعترف به (قوله ووجه الظاهر ، إلى قوله : ولا يقام الحد على قاذفه) أقول : فيه بحث .

لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها ، وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل (ومن تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لايجب عليه الحد عند أبى حنيفة) ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور . وهذا لأن محل التصرف مايكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهى من المحرمات . ولأبى حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف مايقبل مقصوده ، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود ،

شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ، ومجرد وجود امرأة على فراشه لايكون دليل الحل ليستند الظن إليه (وهذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حبائبها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن إلى مايصلح دليل حل . فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فإنه يحدّ . قال (وكذا إذا كان أعمى) لأن الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن إليه (وغيره) مثل مايحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضا (إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل) وجاز تشابه النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة ، وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لأنها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا فى اطمئنان النفس إلى أنها هى (قوله ومن تزوّج امرأة لايحل له نكاحها) بأن كانت من ذوى محارمه بنسب كأمه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة) وسفيان الثورى وزفر ، وإن قال علمت أنها علىّ حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هى أشد مايكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك ، وإذا لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد إذا كان عالما بذلك) وكان يجب [١] أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعى لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل

وقوله (لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها) يعنى فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد . وإنما قال (وقالت أنا زوجتك) لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا فى الإيضاح (ومن تزوّج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لايجب عليه الحد عند أبى حنيفة ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : يجب عليه الحد إذا كان علم بذلك لأن هذا عقد لم يصادف محله) وكل عقد لم يصادف محله يلغو (كما إذا أضيف إلى الذكور) قوله (وهذا لأن محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لأن محل التصرف (مايكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لأن حكمه الحل وهى من المحرمات . ولأبى حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل التصرف مايكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه . قلنا : ليس محلا لحكمه أصلا أو فى وقت دون وقت ، والأول ممنوع لأنه كان محلا له فى شريعة من قبلنا . والثانى مسلم ، ولكن كونه محلا فى الجملة لم لايجوز أن يكون شبهة فى درء الحد فإن الفعل لم يقع زنا لالغة ولا عرفا ، فإن أهل اللغة لايفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد

---

(١) (وكان يجب الخ) هذا إنما يتمشى على نسخة . وقالا والشافعى بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى .

وكان ينبغى أن ينعقد فى جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة مايشبه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة و ليس فيها حد مقدّر فيعزر

لايجوز إلا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول وإلا فشاذ ضعيف . وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أوصهرية متفق عليه ، وأما غير ذلك فنى الكافى لحافظ الدين : منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوّج كالمحرم . قال : وإن كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولىّ وبلا شهود فلا حدّ عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل ، وكذا إذا تزوّج أمة على حرّة أو تزوّج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده فلا حدّ عليه اتفاقا ، أما عنده فظاهر ، وكذا عندهما لأن الشبهة إنما تنتفى عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد . وفى بعض الشروح : أراد بنكاح من لايحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى والنكاح بغير شهود ، فنى كل هذا لايجب الحد عند أبى حنيفة ، وإن قال علمت أنها علىّ حرام وعندهم يجب إذا علم بالتحريم وإلا فلا ، ثم قال : ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لايجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل فى الكافى الأمة على الحرة والمجوسية والأمة بلا إذن السيد وتزوج العبد بلا إذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد ، وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف ، فعندهما يحدّ وأضاف إلى ذلك ماسمعت ، ثم لايخفى ما فى عبارته من عدم التحرير ، ثم قول حافظ الدين فى الكافى فى تعليل سقوط الحدّ فى تزوج المجوسية وما معها لأن الشبهة إنما تنتفى عندهما : يعنى حتى يجب الحد إذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد يقتضى حينئذ أن لا يحدّ عندهما فى تزوج منكوحة الغير وما معها لأنها ليست محرمة على التأبيد ، فإن حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها ؛ كما أن لحرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت ، كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لايحد عندهما إلا فى المحارم فقط . وهذا هو الذى يغلب على ظنى . والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا ، فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد فى ذات المحرم ولا يحد فى غير ذلك ، قال : مثل أن يتزوّج مجوسية أو خامسة أو معتدة . وعبارة الكافى للحاكم تفيد ذلك حيث قال : رجل تزوّج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لاحدّ عليه ، وإن فعله على علم لم يحدّ أيضا ويوجع عقوبة فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن علم بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم إلى هنا لفظه ، فعمم فى المرأة التى لاتحل له فى سقوط الحد على قول أبى حنيفة ، ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم ، فاللفظ ظاهر فى ذلك على ماعرف فى الروايات . وفى مسئلة المحارم رواية عن جابر رضى الله عنه أنه يضرب عنقه ، ونقل عن أحمد وإسحاق وأهل الظاهر ، وقصر ابن حزم قتله على ما إذا كانت امرأة أبيه قصرا للحديث الآتى على مورده . وفى رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه : ويؤخذ ماله لبيت المال . وذلك لحديث البراء قال : « لقيت خالى ومعه راية فقلت له : أين تريد ؟ قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه أن

والفرض وجوده ، وأولاد أهل الذمة من محارمهم لاتنسب إلى الزنا فى العرف وهم يقرّون على نكاح المحارم ولا يقرّون على الزنا بل يحلون عليه (و) إذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغى أن ينعقد فى حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع فى ديننا (فيورث الشبهة لأن الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حدّ مقدر فيعزر)

أضرب عنقه وآخذ ماله . وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن . وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه » وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلا فارتدّ بذلك ، وهذا لأن الحدّ ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر . وفى بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم بعث جدّه معاوية إلى رجل عرّس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله » وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتدّ به ، ويدل على ذلك أنه ذكر فى الحديث أنه عرّس بها وتعريسه بها لايستلزم وطأه إياها ، وغير الوطء لايحدّ به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردّة . وهذا لايخلو عن نظر ، فإن الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه لاردّة . ويجاب بأنه أيضا لايتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا . وقالوا : جاز فيه أحد الأمرين أنه للاستحلال ، أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا . وجه القائل بالحدّ أنه وطء فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ أهل للحدّ عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ، ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا ، فعندهم لا كما ذكر ، وعند أبى حنيفة وسفيان وزفر نعم ، ومداركونه يوجب شبهة على أنه ورد على ماهو محله أولا ، فعندهم لالأن محل العقد مايقبل حكمه وحكمه الحل ، وهذه من المحرمات فى سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد فى غير المحل كما لو عقد على ذكر ، وعنده نعم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها ، وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحدة فى المحلية ، فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد : أى ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ، ولا شك فى حلها لغيره بعقد النكاح لامحليتها للعقد من حيث هو العقد ، وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده . فإن قلت : فقد أطلق الكل من الحنفية فى الفقه والأصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم . ففى الأصول حيث قالوا : إن النهى عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفى لعدم محله ، وفى الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات . فالجواب أن المراد نفى المحلية لعقد الناكح الخاص . وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح فى الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح ولا شك فى ذلك . بقى النظر فى أن أىّ الاعتبارين فى ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا ، إن نظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله ، أو إلى السمع أعنى محل الإجماع وهو قول الكل إن الميتة ليست محلا للبيع مع أنها إنما فيها عدم الحل ترجحوا ، وقد رجح قول أبى حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها » حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحدّ بالاتفاق ، وكونه لايعتقده على ظاهره لايضرّ لأنه مؤوّل بتأويلين : أحدهما أنه آيل إلى البطلان باعتراض الولى بأن كان غير كفء والآخر تخصيصه بما إذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالأمة والصبية ، وعلى هذا فهو باطل على ظاهره ، وهو

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه أوعمل عمل قوم لوط فلا حدعليه عند أبى حنيفة ويعزر ، وزاد فى الجامع الصغير : ويودع فى السجن ، وقالا : هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولى الشافعى ،

أقرب التأويلين لندرة فسخ ولى بسبب عدم كفاءة من زوّجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر إن دخل ، لكن فى الخلاصة قال : الفتوى على قولهما ، ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضى تحقق الحل من وجه ، لأن الشبهة لامحالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه وإلا وجبت العدّة وثبت النسب . ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك . وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل مايبتنى عليه وجود الحل من وجه وهو منتف فى المحارم ، وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فإن الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون ، وإنما لم يثبت عقوبة هى الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه . ومن شبهة العقد ما إذا استأجرها ليزنى بها ففعل لاحدّ عليه ويعزر ، وقال : هما والشافعى ومالك وأحمد : يحدّ لأن عقد الإجارة لايستباح به البضع فصاركما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فإنه يحدّ اتفاقا . وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهى المعقود عليه فى الإجارة لكنه فى حكم العين ، فبالنظر إلى الحقيقة تكون محلا لعقد الإجارة فأورث شبهة ، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة فيه لا فى محل آخر . وفى الكافى : لو قال أمهرتك كذا لأزنى بك لم يجب الحد ، وهكذا لو قال استأجرتك أو خذى هذه الدراهم لأطأك . والحق فى هذا كله وجوب الحد إذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله ، قال الله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا ـ فالمعنى الذى يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزنى بك لايجامعه للفظة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) بأن أولج فى مغابن بطنها ونحوه وليس المراد مايعم الدبر وهى المسئلة الآتية (يعزر لأنه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ، ومثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى فإنهما يعزّران لذلك (قوله ومن أتى امرأة) أى أجنبية (فى الموضع المكروه) أى دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حدّ عليه عند أبى حنيفة ولكنه يعزّر) ويسجن حتى يموت أو يتوب ، ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام محصنا كان أو غير محصن سياسة ، أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالا هوكالزنا ، وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا إن لم يكن أحصن ورجما إن أحصن . وذكر فى الروضة أن الخلاف فى الغلام . أما لو وطئ امرأة فى دبرها حدّ بلا خلاف . والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات . ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لايحدّ إجماعا ، كذا فى الكافى . نعم فيه ماذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك ، لكن

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أى فى غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزّر لأنه فعل منكر ليس فيه شىء مقدر) قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لأنه إذا أتى امرأته أو مملوكته (فى الموضع المكروه) أى الدبر لايحد حد الزنا عندهما أيضا وإن كان محرما عليه ، وبه صرح فى الزيادات لأن من الناس من يستحله بقوله تعالى ـ إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم ـ من غير فصل بين محل ومحل (أوعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة ويعزر . وزاد فى الجامع الصغير ويودع فى السجن ، وقالا : هو كالزنا فيحدّ) حد الزنا جلدا إن كان غير محصن ورجما إن كان محصنا (وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله .

وقال فى قول يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام « اقتلوا الفاعل والمفعول » ويروى « فارجموا الأعلى والأسفل » ولهما أنه فى معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء : وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ، ولا هو فى معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب ، وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعى من أحد الجانبين والداعى إلى الزنا من الجانبين. وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه

للشافعى فى عبده وأمته ومنكوحته قولان . وهل تكون اللواطة فى الجنة : أى هل يجوز كونها فيها ، قيل إن كان حرمتها عقلا وسمعا لاتكون ، وإن كان سمعا فقط جاز أن تكون . والصحيح أنها لاتكون فيها لأنه تعالى استبعده واستقبحه فقال - ماسبقكم بها من أحد من العالمين - وسماه خبيثة فقال - كانت تعمل الخبائث - والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعى (فى قول يقتلان) فى وجه بالسيف (بكل حال) أى بكرين كانا أو ثيبين ، وفى قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد ، وفى قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا إن كان بكرا ورجما إن أحصن . وجه القتل ماروى أبو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه ، الفاعل والمفعول به » قال الترمذى : إنما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه . ورواه محمد بن إسحاق عن عمرو بن أبى عمرو فقال « ملعون من عمل عمل قوم لوط » ولم يذكر فيه القتل . وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وفى إسناده مقال ، ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن

وقال فى قول آخر : يقتلان بكل حال) أى سواء كانا محصنين أو لم يكونا (لقوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الفاعل والمفعول » ويروى « فارجموا الأعلى والأسفل » ولهما أنه) أى اللواط (فى معنى الزنا وقيل أى كل واحد من العمل فى الموضع المكروه وفعل اللواط . وفى بعض النسخ : إنهما فى معنى الزنا (لأنه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد فى الزنا) فيلحق به اللواط فى الدلالة لا بالقياس ، لأن القياس لايدخل فيما يدرأ بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة فى موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار وغير ذلك) من الحبس فى أنتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا فى موجب الزنا فدل على أنه ليس بزنا (ولا هو فى معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب) بخلاف الزنا (وكذا هو أندر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعى فى أحد الجانبين) يعنى على ماهو الجبلة السليمة (والداعى إلى الزنا من الجانبين) وإذا لم يكن فى معناه لايلحق به دلالة فبقى القياس والقياس فى مثله باطل (وما رواه) من قتلهما أو رجمهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (إلا أنه يعزر عنده) أى عند أبى حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر . قال فى الزيادات : والرأى فيه إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك ، وإن شاء ضربه وحبسه ، فقوله إلا أنه استثناء من قوله ولا هو فى معنى الزنا .

أبي صالح غير عاصم بن عمر العمرى ، وهو يضعف فى الحديث من قبل حفظه ، وبسند السنن رواه أحمد فى مسنده والحاكم وقال: صحيح الإسناد . وقال البخارى : عمرو بن أبي عمرو صدوق ، لكنه روى عن عكرمة مناكير . وقال النسائى : ليس بالقوى . وقال ابن معين : ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه . وتعقبه الذهبي بأن عبد الرحمن العمرى ساقط ، وإذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد فى أمره لم يجز أن يقدم به على القتل مستمرا على أنه حدّ ، ولو سلم حمل على قتله سياسة . ولهما أنه فى معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لأن الحرمة قد تنكشف فى الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه، بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حدّ الزنا لا بالقياس . ولأبي حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد ، وذلك لأن الصحابة اختلفوا فى موجبه : فنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ، ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ، ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الأحجار ، فلو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه . فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه . وأما الاستدلال بقول القائل :

من كف ذات حر فى زىّ ذى ذكر　　لها محبان لوطىّ وزناء

فلعدم معرفة من ينسب إليه البيت ، وقول من قال حيث قال : قائلهم وذكر البيت غلط ، وذلك أنه ليس بعربىّ بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التى أوّلها :

دع عنك لومى فإن اللوم إغـراء　　وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه ، وهو مولد لاتثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله . وأيضا لايثبت دلالة لأن المعنى المحرم فى الزنا ليس إضاعة الماء من حيث هو إضاعته لجواز إضاعته بالعزل بل إفضاؤه إلى إضاعة الولد الذى هو إهلاك معنى ، فإن ولد الزنا ليس له أب يربيه والأم بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوإ الأحوال ، ولأنه قد يدعيه بعض السفهاء وإن لم يثبت نسبه شرعا ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شىء من ذلك فى اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى من الجانبين) على الاستمرار ، بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبية لاتشتهى أصلا إذ قلما يكون ذلك ، ولا عبرة بأوكدية الحرمة فى ثبوت عين موجب الآخر ، ولهذا لايحدّ بشرب البول المجمع على نجاسته ويحدّ بشرب الخمر ، فيلزم من هذا أن لايثبت الحد بطريق الدلالة إلا إذا كان فى المساوى من كل وجه دون الأعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوىّ وقد لا إلا إيعاد عقاب الآخرة . وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقى فى شعب الإيمان من طريق ابن أبي الدنيا : حدثنا عبد الله بن عمر ، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر : أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر أنه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة ، فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم ، فكان من أشدهم فى ذلك قولا علىّ رضى الله عنه قال : هذا ذنب لم يعص به إلا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم ، نرى أن نحرقه بالنار ، فاجتمع رأى الصحابة على ذلك

(ومن وطئ بهيمة لاحدّ عليه لأنه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لايجب ستره إلا أنه يعزر لما بيناه . والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به

قال : ورواه الواقدى فى كتاب الردة فى آخر ردة بنى سليم . وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبى نضرة قال : سئل ابن عباس ما حدّ اللواطة ؟ قال : ينظر إلى أعلى بناء فى القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة . ورواه البيهقى أيضا من طريق ابن أبى الدنيا . وكأنّ مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ، ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون . وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا . وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة فى قوله تعالى - أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد من العالمين - فمدفوع بأن الفاحشة لاتخص لغة الزنا . قال تعالى - ولا تقربوا الفواحش ماظهر منها وما بطن - وقول المصنف « إلا أنه يعزر لما بينا » أى من أنه منكر ليس فيه شىء مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلاحدّ عليه) وكذا إذا زنى بميتة لأنه للزجر ، وإنما يحتاج إلى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لايرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلايفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه (ولهذا لايجب ستره فى البهيمة إلا أنه يعزر لما بينا) من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعى ففيه التعزير (والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كلما رئيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب. وإذا ذبحت وهى مما لا تؤكل ضمن قيمتها إن كان مالكها غيره لأنها ذبحت لأجله وإن كانت مما تؤكل أكلت ، وضمن عند أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف لاتؤكل ، والمراد بالمروى ما روى أصحاب السنن الأربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها» قلت له : ما شأن البهيمة قال : ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل . ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لأبى يوسف فى عدم أكلها ، إلا أن المعنى الذى عينه الأصحاب من قطع التعيير أقرب إلى النفس . رواه ابن ماجه عن إبراهيم بن إسماعيل عن داود ابن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبى عمرو ، وتقدم الكلام على عمرو هذا ؛ وأما إبراهيم بن إسماعيل ابن أبى حنيفة فقال أحمد ثقة ، وقال البخارى منكر الحديث ، وضعفه غير واحد من الحفاظ ، وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر ، وهو أنه روى عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس موقوفا عليه : « ليس على الذى يأتى البهيمة حد » وهو الذى روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتأويله المذكور آنفا ، ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم يخالفه ، وكذا أخرجه الترمذى والنسائى . وقال الترمذى : وهذا أصح من الأول ، ولفظه « من أتى بهيمة فلا شىء عليه » . وأخرج الحاكم حديث عمرو بن

(ومن وطئ بهيمة فلا حدّ عليه لأنه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية) إذ ليس فيه تضييع الولد ولا إفساد الفراش (و) لا (فى وجود الداعى لأن الطبع السليم ينفر عنه ، وإنما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لايجب ستره) أى ستر فرج البهيمة ، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكميا (إلا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر ، وما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أتى بهيمة فاقتلوه » شاذ لايعمل به ، ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل (والذى يروى أنه تذبح البهيمة) وهو ماروى عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه : أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به)

وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج إلينا لايقام عليه الحد . وعند الشافعى رحمه الله يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاتقام الحدود فى دار الحرب » ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ، ولا تقام بعد

أبى عمرو بزيادة . وقال : صحيح الإسناد (قوله ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم خرج إلينا) فأقرّ عند القاضى به (لايقام عليه الحد . وعند الشافعى) ومالك (يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه) قلنا : سلمنا أنه ملتزم للأحكام ، لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام ، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحد عند القاضى فقضى بإقامته عليه ، وليس الكلام فى هذا بل فى نفس وجوب الحد ، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده فهذا الدليل فى غير محل النزاع . فالوجه أن يقال وجب على الإمام الإقامة على الزانى مطلقا أينما كان زناه . وحينئذ نقول : امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتقام الحدود فى دار الحرب » ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه فى دار الحرب فلا وجوب . وإلا عرى عن الفائدة لأن المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض أن لاقدرة عليه ، وإذا خرج والحال أنه لم ينعقد سببا للإيجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له حال عدمه ، لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتقام الحدود فى دار الحرب » لم يعلم له وجود . وروى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من زنى أو سرق فى دار الحرب وأصاب بها حدّا ثم هرب فخرج إلينا فإنه لايقام عليه الحد » والله أعلم به . وعن الشافعى قال : قال أبو يوسف : حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد

كى لايعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية (لا أنه واجب) قال (ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم خرج إلينا) وأقرّ عند الإمام بالزنا (لايقام عليه الحد . وقال الشافعى رحمه الله : يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لاتقام الحدود فى دار الحرب ») . ووجه التمسك به أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حسا لأن كل واحد يعرف أنه لايمكن إقامة الحد فى دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد . فإن قيل : هذا الحديث معارض بقوله ـ فاجلدوا ـ فلا يقبل . أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لأنه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون ، وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الأصول . وهو أن التخصيص بهما إنما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس فى الآية بموجود ، ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى ـ كل واحد منهما ـ فإن الضمير راجع إلى الزانى والزانية . والزنا وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا . وإذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس . وقوله (ولأن المقصود هو الانزجار) يعنى أن وجوب الحد ليس لعينه وإنما هو للانزجار ، والانزجار يحصل بالاستيفاء ، والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام ، فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لايجوز ، وإذا لم ينعقد موجبا لايقام بعد ماخرج لئلا يقع الحكم بغير سبب ، وأنث الضمير فى قوله لأنها لم تنعقد بتأويل الفاحشة ،

(قوله أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك ، إلى قوله : وفيه نظر) أقول : قوله خصت : يعنى بالإجماع كما ذكره الكاكى فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الزانى لم يتناوله ولا خروج إلا بعد الدخول فأين التخصيص ؟

ابن ثابت قال : لاتقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو . قال : وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور ابن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمير بن سعد الأنصارى وإلى عماله : أن لاتقيموا الحدود على أحد من المسلمين فى أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة . قال الشافعى : ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت ، وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ، ومعتقد أبى يوسف أنه داخل فى الإرسال . وأن حذف الشيخ لايكون من العدل المجتهد إلا للعلم بثقته فلا يضر على رأى مثبتى المرسل شىء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة ، وهذا الأخير رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن أبى مريم عن حكيم بن عمير به ، وزاد : لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى . أثر آخر رواه ابن أبى شيبة أيضا : حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن عبدالله بن أبى مريم عن حميد بن عقبة بن رومان : أن أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد فى أرض العدو . وأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بسر بن أرطاة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتقطع الأيدى فى السفر» انتهى . ولفظ الترمذى « فى الغزو » وقال الترمذى : حديث غريب ، والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعى يرون أن لايقام الحد فى الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو ، فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد . واعلم أن مع الأوزاعى أحمد وإسحاق ، فمذهبهم تأخير الحد إلى القفول ، وبسر بن أرطاة ويقال ابن أبى أرطاة اختلف فى صحبته ؛ قال البيهقى فى المعرفة : أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبى صلى الله عليه وسلم . وكان يحيى بن معين يقول : بسر بن أرطاة رجل سوء . قال البيهقى : وذلك لما اشتهر من سوء فعله فى قتال أهل الحرة اه . فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لاتقبل رواية من رضى ماوقع عام الحرة وكان من أعوانها . والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيمه إذا خرج إلى دار الإسلام خلاف المذهب.

فإن قيل : ليس معنى قوله فى الآثار المتقدمة حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة أنه حينئذ يقيم حد الزنا الذى كان فى دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا إذا زنا . قلنا : أظهر الاحتمالين الأول ، ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثانى ، وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنه معارضة بما أخرجه أبو داود فى المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أقيموا حدود الله فى السفر والحضر ، على القريب والبعيد ، ولا تبالوا فى الله لومة لائم » والمرسل حجة موجبة . قال : ورويناه بإسناد موصول فى السنن فلا شك فى عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل . وأيضا معارض إطلاق ـ فاجلدوا ـ ونحوه فيكون زيادة . فإن أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها. فإنه الوطء فى غير ملك وشبهته ، فترتيبه سبحانه إيجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على مالا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصا أول ، وأما الدليل العقلى المذكور فعليه أن يقال : لانسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا فى الوجود يوجب أن لا فائدة فى الإيجاب ، إنما ذلك لو عجز مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب فى الحال معلقا بالقدرة ، ولكنه يجاب بأنه لامعنى لهذا الكلام . وتصحيحه أن يقال : جاز أن يثبت فى الحال تعليق الإيجاب بالقدرة : أى إذا قدرت فأقم عليه ، فالوجوب معدوم فى الحال وموجود عند تحقق القدرة فى المآل لأن المعلق بالشرط كذلك ، وحينئذ جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله ، فإن الآيات

قال الله تعالى ـ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ـ أو بتأويل الوطأة .

ماخرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة . ولوغزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لأنه تحت يده ، بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإقامة . (وإذا دخل حربى دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمى بحربية يحد الذمى والذمية عند أبى حنيفة ، ولا يحد الحربى والحربية وهو قول محمد رحمه الله فى الذمى) يعنى إذا زنى بحربية ، فأما إذا زنى الحربى بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله : يحدون كلهم) وهو قوله الآخر . لأبى يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات ، كما أن الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا .

إنما تفيد تنجيز الوجوب لاتعليقه ، ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها فى الزانى فى دار الحرب فأين دليل تعليق الإيجاب حال زنا الزانى فى دار الحرب باقتدار الإمام عليه ، فإذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه . فإن أجيب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه إذا رجع إلى دار الإسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبى داود وهو يرجع الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين . وأيضا قد يقال عليه : لانسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإقامة ، بل إنما يجب إذا ثبت عنده ، فقبل الثبوت عنده لايتعلق به وجوب أصلا . وفرض المسئلة أنه زنى فى دار الحرب ثم أقر عند القاضى بعد الخروج أو شهد به عليه فى غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به إيجاب الإقامة والمذهب خلافه ، والله أعلم . قال (ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لأنه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف مالو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى المعسكر لايقيمه . ويفيد أنه لو زنى فى العسكر والعسكر فى دار الحرب فى أيام المحاربة قبل الفتح اه أن يقيمه للولاية حينئذ ، أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لأنه لم تفوض إليهما الإقامة (قوله وإذا دخل حربى دارنا بأمان) وهو المستأمن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة إذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربى فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف أولا : لا حد على واحد منهما ، ثم رجع وقال : عليهما الحد جميعا . وقال محمد بقوله الأول ، فصار فيها ثلاثة أقوال : قول أبى حنيفة تحد المزنى بها المسلمة والذمية ، وقول محمد لايحد واحد منهم ، وقول أبى يوسف يحد كلهم . وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لأنه لو زنى بحربية مستأمنة لايحد واحد منهما عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف

وقوله (ولو غزا) ظاهر . وقوله (فى معسكره) إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لايقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ، ومنه «خير السرايا أربعمائة» . وقوله (وإذا دخل حربى دارنا بأمان) حاصل اختلاف أصحابنا فى هذه المسئلة شمول الوجوب فى الذمى والذمية وشمول العدم فى الحربى والحربية عند أبى حنيفة ، وهذا الشمول لايتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى . وعند محمد عدم التغير ثابت فى جانب الحربى والحربية . وأما فى جانب الذمى فيتفاوت بين الذكر والأنثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحد الذمى ولا تحد الحربية ، وفى العكس لايحدان وهو قول أبى يوسف أولا ، وقال آخرا بشمول الوجوب فى الأنواع كلها (له أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا كما أن الذمى التزمها مدة عمره) ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمى (ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا) فإن قيل : لو كان كذلك لأقيم عليه حد الشرب لأنه

بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته . ولهما أنه مادخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به . وإنما التزم من الحكم مايرجع إلى تحصيل مقصوده وهوحقوق العباد . لأنه لما طمع فى الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم . أما حد الزنا فمحض حق الشرع . ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الأصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على مانذكره إن شاء الله تعالى . فامتناع الحد فى حق الأصل يوجب امتناعه فى حق التبع . أما الامتناع فى حق التبع لايوجب الامتناع فى حق الأصل . نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبى والمجنون .

يحدان . ذكره فى المختلف . وإن زنى المسلم أو الذمى بالحربية المستأمنة حدّ الرجل فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يحدان جميعا . والأصل أن عند أبى حنيفة ومحمد لايجب على الحربىّ حد من الحدود سوى حد القذف . فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر . وعند أبى يوسف يجب الكلّ إلا حدّ الشرب ، فحد الشرب لايجب اتفاقا لأنه يعتقد حله ، وحد القذف يجب اتفاقا لأن فيه حق العبد . واختلفوا فى حد الزنا والسرقة ، عند أبى يوسف يجب ، وعندهما لايجب . وجه قول أبى يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات والسياسات ، كما أن الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء

من أحكامنا . أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته) فإن قلت : فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه فينبغى أن لايقتص منه ولا يحد لقذفه . قلت : المعنىّ باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك دينا ، وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم ، فإباحتهم ذلك ليست بدين ، وإنما هو هوى وتعصب (ولأبى حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالتزام القرار فى الدار ، لأن الاتصاف بكونه من دارنا إنما يكون بذلك ، والحربىّ ما التزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ، ولا يقتل المسلم ولا الذمى به) وإذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الأحكام مايرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعا فى الإنصاف : أى العدل لأجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أى العدل لغيره عليه لأن الغرم بإزاء الغنم . (والقصاص وحدّ القذف من حقوق العباد) فكان داخلا فى الانتصاف (وأما حدّ الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلا فيه ، فلما فرغا من الجواب عن قول أبى يوسف شرع كل منهما فى إثبات ما ذهب إليه ، فقال محمد : (الأصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتى ، فامتناع الحد فى حق الأصل) فيما إذا زنى الحربى بذمية (يوجب امتناعه فى حق التبع) وإلا لايكون تبعا فكان خلفا (وأما الامتناع فى حق التبع) فيما إذا زنى الذمى بحربية (فلا يوجب امتناعه فى حق الأصل) وإلا لكان مستتبعا فكان أصلا ، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونهما لأن الامتناع فى حق التبع لايستلزمه فى حق الأصل (وتمكين البالغة من الصبىّ والمجنون) فإنه لايجب الحد عليهما لأن

(قوله لأنه يعتقد إباحته) أقول : ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الإباحة الخ) أقول : الأولى أن يجاب بأن الكف عنهما داخل فيما التزمه لأنا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب إذ لم يلتزمه كالذمى (قوله وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم) أقول : إن أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا يفيد (قوله لأنه لم يدخل إلا طامعا الخ) أقول : دليل على التزامه حقوق العباد (قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول : أى فى حقهم .

ولأبي حنيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها ، بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لايخاطبان. ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده ، وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لاتحد .

العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما ، بخلاف حدّ الشرب لأنه معتقد إباحته . ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع أحكامنا في المعاملات ، بل مايرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ، غير أنه لابد من اعتباره ملتزما الإنصاف وكفّ الأذى ، إذ قد التزمنا له بأمانه مثل ذلك والقصاص وحدّ القذف من حقوقهم فلزماه ، أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه ، وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه ، بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والإجبار على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن في استخدامه قهرا وإذلالا للمسلم ،وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم . ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسامة أو الذمية إذا زنت بمستأمن حيث لايجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ماسنذكره ، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب

الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد ، إلا أنه لايقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ـ ثم أبلغه مأمنه ـ وإذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لأن التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى ـ الزانية والزاني فاجلدوا ـ فيجب الحدّ عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه ، والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي ، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم (قوله على ماهو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات . وقوله (وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع . قال شمس الأئمة : ومشايخ ديارنا يقولون إنهم لايخاطبون بأداء مايحتمل السقوط من العبادات . وقوله (بخلاف الصبيّ والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع . ووجه ذلك أن هذا ليس نظير مانحن فيه لأن الصبيّ والمجنون لايخاطبان فلا يكون فعلهما زنا ، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد ، والحربي مخاطب ففعله زنا ، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحدّ المطاوعة عنده ، وعند محمد لاتحد) .

(قال المصنف : ولأبي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات) أقول : قال الشارح : المراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي ، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى . وفي النهاية : الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة ، قال الله تعالى ـ ماسلككم في سقر ؟ قالوا لم نك من المصلين ـ الآية) وقال : فيه الحرمات تتناول المناهي نحو قوله تعالى ـ ولا تقربوا الزنا ـ وقوله تعالى ـ لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ـ وتتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان وترك الصلوات والصوم انتهى (قوله وقوله على ماهو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول : فيه بحث ، إذ ليس في قول المصنف لأنه مخاطب بالحرمات مايدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتأمل .

قال (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى : يجب الحد عليها ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع . لهما أن العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه ، وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها ، إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى

امتناعه في التبع ، بخلاف امتناعه في التبع لايوجب امتناعه في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها ، وفي تمكين البالغة الصبيّ أو المجنون لاتحدّ ، وتمكينها إنما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها . ولأبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ماهو المختار ، بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حدّه لأن إقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لاقصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحدّ هي لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه ، بخلاف تمكينها صبيا أو مجنونا لأنهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا ، ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند محمد لاتحد (قوله وإذا زنى الصبيّ أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي : يجب الحدّ عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وإن زنى صحيح) أي عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع . لهما أن العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لايوجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ماهي به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ، ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس إلا بذلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها ، فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا أن فعل الزنا إنما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وإنما هي محل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كـ«عيشة راضية» و ما

قال (وإذا زنى الصبيّ أو المجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة ، ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالآخر قالا : (العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع (لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لايوجب سقوطه من جانبها ، والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله ، ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا لمحمد فلا حاجة إلى التكرار . واعترض عليه من وجهين : أحدهما أن غير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها ، وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لايوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك . والثاني أن الصبي أو المجنون إذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لايخلو عن

(قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما الخ) أقول : في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل ، فإن ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لايجوز (قوله والثاني أن الصبي الخ) أقول : لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ماتقرر عندهم من أن الوطء لايخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في التوجيه (قوله لأن الوطء لايخلو الخ) أقول : أي في دار الإسلام

المرضية . أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد فى حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته . وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد .

ـ دافق أى مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزانى (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ فى حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهى عنه آثم به (وفعل الصبى ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا إنها بالتمكين زانية حقيقة لغة لايضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبى والمجنون . فإن قيل : كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لاشك أنه يطلق عليها مزنى بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل ؟ فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذى هو زنا ، فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الوطء المفضى إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا . فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ، ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبى والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء فى مثله بذلك ، لكن بقى أن يقال كون الزنا فى اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلاملك وشبهة ، وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وإن لم يجب على فاعله حد . والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لأن قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل . والذى يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لايسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط فى الدرء لا فى الإيجاب فلا تحد به ، والله أعلم . ومما ذكرناه يندفع ماقيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك لمجنون أو صبى ، كما أنه استفسر ماعزا فقال : أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد ، لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبى ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك ، بخلاف ماعز فإنه

أحد الموجبين : إما الحد أو المهر . وقد أورد فى الذخيرة أنه لايجب عليه المهر فيما إذا طاوعته المرأة . وأجيب عن الأول أنه لايلزم من إحصان الزانى إحصان الزانية لأن الإحصان موقوف على شرائط أخر ، ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب فى حقها . وعن الثانى بأنا لو أوجبنا المهر على الصبى فيما إذا طاوعته لخلا الإيجاب عن الفائدة ، لأن لولى الصبى الرجوع عليها فى الحال بمثل ذلك لأنها لما طاوعته صارت آمرة للصبى بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم ، وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية فإن المكرهة ليست بآمرة والصبية لايصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة ، فإيجاب المهر كان مفيدا ثمة ، إذ ليس لولى الصبى حينئذ أن

(قوله لايلزم من إحصان الزانى) أقول : الأظهر أن يقول لايلزم من عدم إحصان الزانى عدم إحصان المزنية ، ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطىء عدم تحققه من الموطوءة لأنها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية فى الإحصان كما لايخفى (قوله وعن الثانى بأنا لو أوجبنا المهر الخ) أقول : خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لايخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لايخفى (قوله فلا يفيد الإيجاب) أقول : أى إيجاب المهر (قوله إذ ليس لولى الصبى الخ) أقول : وكذا الحال فى المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون ببنت شفة مع أنه مذكور فى السؤال أيضا .

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبوحنيفة رحمه الله يقول أوّلا يحد: وهوقول زفر لأن الزنا من الرجل لايتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية. ثم رجع عنه فقال: لاحدّ عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهرا، والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما فى النائم فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبى حنيفة رحمه الله،وقالا: لايحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان؛ لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لايدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين؛ ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح؛ والنادر لاحكم له فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان لأنه لايمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن أقر أربع مرات فى مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هى تزوّجنى أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوّجتها فلاحدّ عليه وعليه المهر فى ذلك) لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما

استراب أمره على ماتقدم؛ ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز فى سقوط الحدّ بجنونها. وأورد أنه ينبغى أن يجب العقر على الصبى والمجنون لأن الوطء فى غير الملك لايخلو عن أحدهما، أما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبى بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لايجب. أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لافائدة فيه؛ لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولى الصبى على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبى غرم بذلك الأمر وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف مالو كانت مكرهة أو صبية لايرجع ولى الصبى على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها، وفى المكرهة عدم الأمر أصلا فكان الإيجاب مفيدا. وأما ايراد أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهى منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع، بل الحكم فى كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبوحنيفة أولا يقول يحدّ وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لأن الزنا من الرجل لايتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية) فاقترن بالإكراه ماينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد، بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد إجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال: لايحد الرجل المكره أيضا لأن السبب الملجئ إلى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه، والانتشار لايستلزم الطواعية بل هو محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعا لقوة الفحولية، وقد يكون لريح تسفل إلى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل (فإن أكرهه غير السلطان حد عند أبى حنيفة) لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختارا فى الزنا، وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحدّ (وقال أبو يوسف ومحمد لايحد لتحقق الإكراه من غير السلطان) والانتشار لايستلزم الطواعية إلى آخر ماذكرناه آنفا. قال المشايخ: وهذا اختلاف عصر وزمان، فى زمن أبى حنيفة ليس لغير السلطان من القوّة مالا يمكن دفعه بالسلطان، وفى زمنهما ظهرت القوّة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية فى الإكراه حيث قال: والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به (قوله ومن أقرّ أربع مرات الخ) هذا على وجهين: أحدهما أن يقرّ الرجل فى أربعة مجالس أنه

يرجع عليها بمثل ذلك. وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر. وقوله (وعليه المهر فى ذلك) يعنى فى كلتا

(قال المصنف: لأن الانتشار قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم فأورث شبهة) أقول: أى للحاكم، وهذه غير داخلة فى الشبهة المنقسمة

لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) معناه : قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على

زنى بفلانة حتى كان إقراره موجبا للحد وقالت هى بل تزوّجنى أو أقرت هى كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما فى الصورتين لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعى النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد ، وبتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر فى صورتى دعواه النكاح ودعواه الزنا ، وإن كانت المرأة فى صورة دعواه النكاح معترفة بأن لامهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وإن اختلفا فى جهته كانت مكذبة شرعا ، والوطء لايخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردّته إلا أن تبرئه منه . واعلم أن وجوب المهر هو فيما إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقرّ ، فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لامهر لأن الحد لاينقض بعد الإقامة . ثانيهما أن يقر أربعا كذلك أنه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بى ولا أعرفه ، أو أقرت هى بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان مازنيت بها ولا أعرفها لايحد المقر بالزنا عندأبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد : يحد المقرّ لأن الإقرار حجة فى حق المقر وعدم ثبوت الزنا فى حق غير المقر لايورث شبهة العدم فى حق المقرّ كما لوكانت غائبة وسماها . ولأبى حنيفة أن الحد انتفى فى حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة الانتفاء فى حق المقرّ لأن الزنا فعل واحد يتم بهما ، فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقا إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقرّ به فيندرئ عنه ضرورة ، بخلاف مالو أطلق فقال زنيت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لاموجب شرعى يدفعه ، وبخلاف مالو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف فى حقها بدليل يوجب النفى وهو الإنكار ، حتى لو حضرت وأقرت أربعا حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة ، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته ، فإذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه ، وإذا لم يعلم إنكارها فلا شبهة فيحد . فإن قيل : ينبغى أن لايجب الحد على الرجل فى هذه الصورة عندهما كما فى صورة دعوى النكاح لأن الحد لما سقط بإنكار وصف الفعل وهو الزنا كما فى المسئلة السابقة بدعوى النكاح فإنكار أصل الفعل أولى . قلنا : خصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد ، فإنه روى «أن رجلا أقرّ بالزنا أربعا بامرأة فأنكرت ، فحدّه رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه أبوداود فى شرح الطحاوى ، ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحدّ حدّ القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أى بفعل الزنا (فإنه يحدّ وعليه قيمتها) وإنما قيد بالجارية لتكون

الصورتين : دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة . فإن قيل : ينبغى أن لايجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها تنفى وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهى منكرة للنكاح ؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعى النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه فى هذا الوطء لأنه فى دعواه إما أن يكون مصدقا أو مكذبا ، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة ، وإن كان الثانى فاحتمال الصدق قائم لامحالة ، والاحتمال فى باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد ، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لايخلو عن غرامة أو عقوبة ، فإذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردته . وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة) إنما وضع المسئلة فى الجارية وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحدّ مع الضمان لايتفاوت بين الحرة

إلى القسمين ، إذ المراد منها كان شبهة الوطء (قوله فإذا تحقق الملزوم) أقول : يعنى سقوط الحد (.. قال المصنف : فيوفر على

كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها

صورة الخلاف ، فإنه لو زنى بحرّة فقتلها يحدّ اتفاقا ويجب عليه الدية . وقوله (وعن أبي يوسف أنه لايحدّ) ذكره بلفظ عن ليفيد أنه ليس ظاهر المذهب عنه ، فإن محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير . وعادته إذا كان خلافه ثابتا ذكره ، وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا ، وإنما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة ، وفي قول أبي يوسف لاحدّ عليه ، وحيث نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ، ولا قول لمحمد فيها . وقيل الأشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي وأحمد ، لأنه لو قال لاقول له بأن توقف لذكره ، وإنما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لأن محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو . وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال : ولهما أنه ضمان قتل . وجه قول أبي يوسف أنه لايحد لأن تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب لملك الأمة . وإذا ملكها قبل إقامة الحد سقط الحد ، كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط . بخلاف الحرّة لأنها لاتملك بالضمان . وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعت إليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح أنه لايحد في ذلك كله . وعند أبي حنيفة يحد في الكل . وقال أبو يوسف : بالدفع يثبت الملك مستندا ، وكذا إذا ملكها بالشراء أو النكاح لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد على ماذكرنا . ولأبي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ، ولا منافاة فيجمع بين الحدّ والضمان ، وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لأن هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة مابلغت ، وهو لايوجب ملكا لأن محل الملك المال والدم ليس بمال ، ثم تنزل فقال ماحاصله : إنه لو فرض أن الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد ، والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفائت ، ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ، ولم يفد

والجارية ، فإنه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما ترد في حق الجارية لافي حق الحرة ، لأن الأمة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضمان بشبهة أن لايجتمع البدلان في ملك شخص واحد ، كما إذا زنى بها فأذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة .

كل واحد منهما حكمه) أقول : ذكر واحدا وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدى ، أو لأن الجنايتين هنا الزنا والقتل . قال العلامة الزيلعي : لايقال : إنها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لايعتبر إلا القتل ، ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد إذا سرى ومات صار قتلا ، ويسقط اعتبار القطع حتى لايجب إلا ضمان النفس من الدية أو القصاص . لأنا نقول : ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس ، واليد تابعة للنفس كسائر الأعضاء ، فإن الأعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس ، بخلاف الحد وضمان النفس لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل ، فصار كمن شرب خمر ذمى فإنه يحد ويضمن قيمة الخمر الذى لما قلنا انتهى . وأجاب في النهاية أيضا بأن الوطء غير موضوع لإزهاق الروح ، فلما وجد في المحل الخالى من أحد الملكين كان زنا عند وجوده ، ولا ينقلب قتلا إذا اتصل به الموت ، بخلاف القطع لأنه سبب الموت لكونه جرحا والجرح سبب الموت ، فإذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة . كما في الرمى كان قتلا من وقت الرمى إذا اتصل به زهوق الروح وإن تخللت الوسائط لكونه موضوعا للقتل ، ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصر قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الإضافة إليه وإن صار سببا هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد

وهو على هذا الاختلاف ، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك المسروق قبل القطع . ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ، ولو كان يوجبه فإنما يوجبه فى العين كما فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة ،وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ، ويسقط الحد لأن الملك هنالك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فأورث شبهة .

الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد ، بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت ، بخلاف حد الزنا فبطل القياس ، ومآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع ، لأن الثابت شبهة ملك العين لاحقيقته ، وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع ، فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة . وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه . وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع . وعلى الوجه الذى قررناه بقليل تأمل يظهر مافى تقرير المصنف للتنزل من التساهل . وبالوجه الذى قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لأن الملك ثمة يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فأورث شبهة) أى فى ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد ، أما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ، ولا يقال : هذا التمليك بطريق الاستناد فلايضره انتفاء المملوك . لأنا نقول : المستند يثبت أولا ثم يستند ، فاستدعى ثبوت المحل حال الأولية وهو منتف . وثمرته أن الثابت فى المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا . فإن قيل : ينبغى أن لايجب الحد ولو تم

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبى حنيفة ومحمد يحد خلافا لأبى يوسف فكان رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف فى المشتراة بعد الزنا مذكور فى ظاهر الرواية ، بخلاف مانحن فيه (ولهما أن هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لايوجب الملك لأنه ضمان دم) والدم بما لايملك . ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم ، وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك . وقوله (ولو كان يوجبه) يعنى سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه فى العين كما ذكرتم فى هيئة المسروق لا فى منافع البضع لأنها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لأن المستند لايظهر فى حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة . قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما فى الحيض درءا فى باب الحدود . وأجيب بأن التبين إنما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها ، فإن وصل حكم بثبوته وإلا فلا كما فى الحيض ، وليس مانحن فيه كذلك . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا زنى بها) جواب لصورة يمكن أن يستشهد بها أبو يوسف كما قدمناه . وتقريره أن الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك إذ هى موجودة فتورث الشبهة ، وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل . ولقائل أن يقول : الملك يثبت فى الجثة العمياء مستندا فلا يظهر فى المستوفى : أعنى المنافع لكونها معدومة ، وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله إنه ضمان قتل فلايوجب الملك لأنه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فإنه صحيح . ويجوز أن يقال

باعتبار وجوب القيمة انتهى . والتعويل عندى على جواب الزيلعى (قوله لئلا يشترط الوجود) أقول : حين التبين (قوله كما فى الحيض الخ) أقول : قد سبق فى باب اليمين فى العتق والطلاق (قال المصنف : فأورث شبهة) أقول : أى شبهة كون منافع البضع فى ملكه ، وأما فى محل النزاع فى الملك أيضا شبهة فالثابت فى المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له .

قال (وكل شيء صنعه الإمام الذى ليس فوقه إمام فلا حدّ عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال) لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولى الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها. وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى. والله تعالى أعلم بالصواب.

ملك المقتول لأن بعض القيمة لابد أن يصير بإزاء منافع البضع التى يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد، وإلا وجب ضمانان بإزاء مضمون واحد. أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوّله كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه. وفى الفوائد الظهيرية: لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعى. أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد. وفى جامع قاضيخان: لو زنى بحرّة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله وكل شيء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤاخذ به إلا القصاص والمال) فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به. لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الخزى والنكال، ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه. وفائدة الإيجاب الاستيفاء. فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا، والمغلب فى حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود، وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا لأنه شرط. وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما فى الأموال، غير أنه إذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد؛ أو حق لله استوفاه ذلك النائب. وقيل لا مخلص. إلا إن ادعى أن قوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما ـ يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره، والله أعلم. وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة، والله سبحانه أعلم.

بالنظر إلى التنزل أيضا بأن الملك وإن كان ثابتا فيه أيضا لكن فيه شبهة العدم فتكون فى المنافع شبهة الشبهة وهى غير معتبرة، ولا كذلك فى الجثة) العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون فى المنافع الشبهة وهى معتبرة، لكن ليس فى كلام المصنف مايشير إلى هذا أصلا (وكل شيء صنعه الإمام الذى ليس فوقه إمام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حدّ عليه إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره) قال صلى الله عليه وسلم «أربع إلى الولاة» وعدّ منها إقامة الحدود، وكلامه واضح. وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى. ولقائل أن يقول: لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف كما لو زنى، وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد. والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب مايليق به، وما يليق بالحربى أن يكون حق العبد لإمكان الاستيفاء، وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه، والله أعلم.

(قوله وأما حد القذف فالمغلب فيه الخ) أقول: وسيجىء فى باب حد القذف.

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف خاصة)

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قدّم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار ، وقدّم كيفية الثبوت بالإقرار لأن وجود ماثبت منه بالبينة بالنسبة إلى ماثبت بالإقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضى لإعدامه ، وهو أن يرى ذكر الرجل فى فرجها كالميل فى المكحلة . وأيضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلىّ بالبينة ، فإنهم كلهم لم يحدّوا إلا بالإقرار ، فقدّم مايكثر وجوده ، وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضى الله عنهم (قوله وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف خاصة) فقوله متقادم إسناده فى الحقيقة إلى ضمير السبب : أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به . وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد ، و التقادم صفة له فى الحقيقة . وقوله لم يمنعهم الخ جملة فى محل جر لأنها صفة للنكرة و هى حد ، والفاعل بعدهم ، ولا شك أنه لايتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الأعذار التى يظهر أنها مانعة من المسارعة . ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة ، وهى قوله(وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)ثم قال: فإن أقرّ هو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لايؤخذ بذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ، ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات . قال المصنف وغيره.والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الشهادة والإقرار ، وأخر الشهادة هاهنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة،إذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل فى المكحلة كما فى الكلاب فى غاية الندرة . قال (وإذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة إيضاح وهى تعديد مايوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا . وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر فى التقادم ، وزيادة إثبات الضمان فى السرقة ؛ ثم كما

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله قد ذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول : فى أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول : أى فيما يتعلق بالرجوع وإلا ففى أول كتاب الحدود بين الشهادة أولا ثم الإقرار والرجوع عنه . وأيضا الإقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد ، وأيضا المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة ، بخلاف الإقرار .

وفى الجامع الصغير : (وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

خلافا للشافعي . وفى العبارة تساهل مشهور ، فإن الذى يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لايجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب . والحاصل أن فى الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب : الأول ردّ الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف . الثانى ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن . الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد . الرابع ردهما ، نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد ، واستدل للشافعي والآخرين بإلحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد ، فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد . ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة. أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام « لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين » أى متهم . وذكر محمد عن عمر رضى الله عنه فى الأصل أنه قال « أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم » . وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين : الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة » مع ماقدمنا من الحديث فى ذلك ، أو الشهادة به احتسابا لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد ، فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة ، لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لايتصور فيه طلبه على التراخى ، فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول ، أوعلى أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثانى ، وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حرّكه حدوث عداوة ، بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لايتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة ، إذ الإنسان لايعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة ، وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لايلزم منه فسق ولا تهمة ، وفى القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم . فإن قيل : لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم فى السرقة أن لاترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد .

أجاب أوّلا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال ، فما يرجع إلى الحد لاتشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط ، والشهادة بالسرقة لاتخلص لأحدهما بل لاتنفك عن الأمرين ، فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لأنه لايبطل به ولا نقطعه لأن الحد يبطل به ، ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لما فيه من حق الله تعالى ، وفى القذف لايحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعى كما فى حقوق العباد الخالصة ، وإنما لايقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذى كان عنده أو ملكه إياه ، فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه ، فإذا أخر رددناه فى حق الحد لا المال بل ألزمناه المال ، بخلاف ما إذا قال زنيت بفلانة أو قلبه وهى غائبة لايدرى جوابها يحد ، ولا يستأنى بالحد لأن الثابت هناك شبهة الشبهة ولا تعتبر ، وفى السرقة لاتثبت

لايحدّ المشهود عليه لاتحد الشهود أيضا حد القذف فى الشهادة بالزنا لأن عددهم متكامل والأهلية للشهادة موجودة

والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله ، هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذى هو إحدى الحجتين . ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لايعادى نفسه ؛ فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا ، وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لايصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط

أصلا إلا بثبوت المال ، ولا يثبت المال بالشهادة إلا بالدعوى ، وإنما يحبس للتهمة كما تقدم ، ولأن الثابت فى غيبة المسروق منه الشبهة لأن الثابت احتمال أن يقول هو ملكه ، وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ ، بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لأنه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم . وأجاب ثانيا بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة فى حقوق الله سبحانه ، فأقيم التقادم فى حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها ، كالرخصة لما كانت للمشقة وهى غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم . ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة ، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لأن المشقة أمر خفى غير منضبط فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط ، فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه . فإن قلت : فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة فى حق الحد فيما لو علم المدعى بالسرقة فلم يدع إلا بعد حين فشهدوا فإنه لاتهمة بتأخيرهم ، ومع هذا لايقطع بل يضمن المال . فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف إليها ، وما لم يكن فإلى المدعى على ماقال قاضيخان إنما لاتقبل فى السرقة بعد التقادم لا لتهمة فى الشهود لأن الدعوى شرط القبول بل لخلل فى الدعوى ، فإن صاحب المال كان مخيرا فى الابتداء ، فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقى له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع ؛ كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى

وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح . ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا ، والاسم الحسبة بكسر الحاء وهى الأجر والجمع الحسب . وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط فى السرقة كما فى حقوق العباد ، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل ، فعلم بهذا أن قبول الشهادة فى حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى . ووجهه لانسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه

(قال المصنف : والأصل فيه أن الحدود الخالصة ، إلى قوله : هو يعتبرها بحقوق العباد والإقرار الخ) أقول : أى بشهادتها ، فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالإقرار (قال المصنف : وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا) أقول : فيه بحث ، فإن وجوب أداء الشهادة فى الحدود قد انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقا . وفى الكافى وشرح الزيلعى أيضا : وإن كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ، ولهذا لو أخر الشهادة فى حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر لاتقبل شهادته اهـ . ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين ، وما ذكروا فى كتاب الشهادة من كون الوجوب فى حق الحدود منسوخا ، بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل فى جوابه ، فإنه يمكن أن يقال بعد اختيار الأداء يصير واجبا كما فى النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول : والأوجه أن يوجه السؤال بأنه لو صح ما ذكرتم لزم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقادمة

للحد لأنه خالص حق الله تعالى على مامر ، وإنما شرطت للمال . ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ، ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما ، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لايقام عليه الحد لأن الإمضاء من القضاء في باب

بالمال دون القطع اه . فيجعل هذا الاعتبار فيما إذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة ، أما لو أخروا لالتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه بإعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الأخير وهو قوله (ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضى أن ترد في حق المال أيضا للفسق ، ولكن ماذكر من أنهم إذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد ، لكن السارق يضمن السرقة لأن وجوب المال لايبطل بالتقادم بإطلاقه يقتضى فيما إذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر ، حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لايقام عليه) وقول زفر هو قول الأئمة الثلاثة ، لأن التأخير بعذر هربه وقد زال العذر (ولنا أن الإمضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق غيره . وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء . أو هو هو هنا إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء ، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا . وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء فانتفى ، وهذا ردّ المختلف إلى المختلف . فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها ، فعندهم مالم يطرأ ماينقضها من الرجوع هى قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم ، وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور . ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لايبطل الواقع صحيحا ، ولو قلنا إن ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه

خالص حق الله تعالى على مامر ، والدعوى ليست بشرط فيه وإنما هى شرط للمال وهو حق العبد . وقوله (ولأن الحكم يدار) جواب آخر . وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة ، وذلك أمر باطن لايطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا ، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده . وقوله (ولأن السرقة) جواب آخر . ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لأنها توجد في ظلم الليالى غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) فإذا كتمه صار آثما . وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر . وقوله (لأن الإمضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء ،

الحدود . واختلفوا فى حد التقادم ، وأشار فى الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوى . وأبو حنيفة لم يقدّر فى ذلك وفوّضه إلى رأى القاضى فى كل عصر . وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن مادونه عاجل ؛ وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الأصح . وهذا إذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة . والتقادم فى حدّ الشرب كذلك

أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين وإلا فممنوع ، ونذكر فيما يلى هذه القولة مافيه زيادة إن شاء الله تعالى (قوله واختلفوا فى حد التقادم ، وأشار محمد فى الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ماتقدم فى الأيمان إذا حلف لايكلمه حينا ، وأبو حنيفة لم يقدره . قال أبو يوسف : جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأى القاضى فى كل عصر ، فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم ، وما لايعد تفريطا غير تقادم . وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك ، فإنما يوقف عليه بنظر نظر فى كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأى متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل) على مافى مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لايحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الأصح) ومأخذ هذه الرواية مما فى المجرد . قال أبو حنيفة : لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد . وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه . قال أبو العباس الناطفى : فقدّره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد (وهذا) أعنى كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها (إذا لم يكن بينهم وبين القاضى مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة)

وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء ، وأما الله تبارك وتعالى فى حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين ، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى فى الاستيفاء ، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى (واختلفوا فى حد التقادم ، وأشار فى الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوى ، وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك) نقل الناطفى فى الأجناس عن نوادر المعلى . قال أبو يوسف : جهدنا على أبى حنيفة أن يوقت فى ذلك شيئا فأبى ، وفوّضه إلى رأى القاضى فى كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة) ذكر فى المجرد . قال أبو حنيفة : لو سأل القاضى متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد ، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ الحد . قال الناطفى : فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد أصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر برّ فى يمينه . وقوله (وهو الأصح) يعنى تقدير التقادم بشهر . وقوله (وهذا) أى الذى قلنامن تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان فإنها تقبل لأن المانع بعدهم عن الإمام فلم تتحقق التهمة)

(قوله فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى) أقول : وذكر فى الفوائد الظهيرية : والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو إقداره على استيفاء ما ادعاه ، وفى الحدود لاسبيل إلى كل واحد منهما ، أما الإعلام فلأن المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى ، قال الله تعالى ـ وأقيموا الشهادة لله ـ والله لاتخفى عليه خافية ونائبه القاضى ، وأنه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ الشهادة ، وكذلك الإقدار على الاستيفاء فإن القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء ، كذا فى نسخ النهاية . وأما فى معراج الدراية ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ القضاء اه . وهو المناسب للسباق والسياق كما لايخفى .

عند محمد . وعندهما يقدّر بزوال الرائحة على ما يأتى فى بابه إن شاء الله تعالى (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحدّ . وإن شهدوا أنه سرق مّن فلان وهو غائب لم يقطع)والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا . وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

فقدنظر فى هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعدمه ، وهويخالف ماذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لايراعى وجود التهمة فى كل فرد ، إلا أن يقال : إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو مالم يكن معه هذه الموانع من الشهادة . ويجاب بأن هذا رجوع فى المعنى إلى اعتبار التقادم المناط به مايلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة ، ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق فى غير شرب الخمر ، أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما ، وسيأتى هذه المسئلة إن شاء الله تعالى (قوله وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فإنه يحدّ) أجمع الأئمة الأربعة عليه ، وكذا لو أقرّ بالزنا بغائبة يحدّ الرجل بإجماعهم لحديث ماعز فإنه أقرّ بغائبة على ماتقدم ذكره ورجمه عليه الصلاة والسلام . ونقل أبو الليث عن أبى حنيفة أنه كان يقول أوّلا : لايحدّ حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدّعى مايسقط الحدّ من نكاح مثلا ونحوه . ثم رجع إلى قول الكل . وسيظهر وجه بطلان القول الأول (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع . والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط فى السرقة) للعمل بالبينة لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه ، والشهادة للمرء على المرء لاتقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضى ، وطولب بالفرق بين القصاص إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فإن الثابت فى كل منهما شبهة الشبهة . أجيب بالمنع بل الثابت فى صورة القصاص نفس الشبهة وهى احتمال العفو فإن العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة ، وإنما تكون شبهة الشبهة لوكان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة ، بخلاف الغائبة فإن نفس دعواها النكاح مثلا شبهة ، فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة ، واعتبارها باطل وإلا أدّى إلى نفى كل حد فإن ثبوته بالبينة أوالإقرار ، والذى يثبت به يحتمل أن يرجع عنه ، وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا ، فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد . وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لأنه

قال (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد) وكذا إذا أقر بذلك (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع . والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى) لأنها لاتصح على الغائب (وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم) لأنه شبهة الشبهة ، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب إقامة الحدود . وبيان ذلك أنها لوكانت حاضرة وادّعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب . فإذاكانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنىّ بشبهة الشبهة ، وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فإنه لايستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو ، لأنه لوحضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لابشبهته . فإذا كان غائبا تثبت

— ثم قال الكاكى : ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء ، فإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حالة الاستيفاء كما كان شرطا حالة القضاء إجماعا ولم يبق بالتقادم الشهادة (قال المصنف : وهى شرط فى السرقة) أقول : للقطع لا للشهادة حتى ينافى مامر آنفا .

(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وإن أقرّ بذلك حدّ) لأنه لايخفى عليه أمته أو امرأته (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهوقول زفر (وقالا: يحدّ الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرّد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه ، بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب فى حقها ولم يثبت لاختلافهما . وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ،

يحتمل كذبه فى الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحدّ لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحدّ أيضا لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد ، وهذا اللفظ منه ليس إقرارا موجبا للحد فلا يحد ، وأما ما قيل ولو كان إقرارا فبمرة لايقام الحد يقتضى أنه لوقال أربعا حد وليس كذلك (وإن أقرّ أنه زنى بامرأة لايعرفها حدّ لأنه لاتشتبه عليه امرأته. فإن قيل : قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه. قلنا: الإنسان كما لايقرّ على نفسه كاذبا لايقرّ على نفسه حال الاشتباه . فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لاتشتبه عليه بزوجته التى لم تزفّ ، وصار معنى قوله لم أعرفها : أى باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لايعرفها ليس موجبا للحد (قوله وإن شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته ؛ فعند أبى حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة (وقالا : يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أى الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه ، كذا فى بعض النسخ وهو الأحسن وفى غالبها لاتفاقهما : أى الفريقين ، وعليه قوله (وتفرّد أحدهما بزيادة جناية) أى تفرّد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هى الإكراه) وهو لايوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا ، فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنا بصغيرة مشتهاة أو مجنونة . ولأبى حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره فى النهاية على ظاهره ، فقال اختلف المشهود عليه ، فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا كانت طائعة ، لأن الفعل : أى الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدّان ، وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكرهة

شبهة العفو لاشبهة شبهته (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لأن الظاهر من حال المسلم أن لايزنى ، والشهود لايفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة ، فإذا لم يعرفوها لايمكن إقامة الحد بشهادتهم (وإن أقرّ بذلك) أى بالزنا بامرأة لايعرفها (حد لأنه لايخفى عليه امرأته أو أمته ، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبى حنيفة وهو قول زفر ، وقالا : يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أى لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه ، بخلاف جانبها) فإن الموجب لم يتحقق (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب فى حقها فلم يثبت لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب فى حقها لمعنى غير مشترك لايمنع الوجوب فى حق الرجل عند وجود الموجب فى حقه كما فى وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولأبى حنيفة أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ماهو فعل واحد يقوم بهما لايتصف بوصفين متضادين . وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين ، لأن الطوع يوجب اشتراكهما فى الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر ، فكان كل واحد منهما فعلا

ولأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها . وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين فى ذلك (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحدّ عنهما جميعا) لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر

فإن الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حدّ واحد فكان المشهود عليه واحدا . لأن الإكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ، ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة . فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اهـ . ولا يخفى أن المؤثر فى إسقاطه عن الرجل ليس إلا اختلاف الفعل المشهود به فإنه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لايؤثر فى الحكم ، لأن حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحدّه عندهما . ولا فائدة لأبى حنيفة فى إيراد هذا الكلام . بل الذى يفيده اختلاف الفعل المشهود به ، فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له . ولا يفيد فى المقصود فائدة بعيد ، وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه ، والفرض أن ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت ، فإنما هو أمر مفروض فرضا لافائدة فيه أصلا . ولذا حمل شارح لفظة عليه على به ،وعليه اقتصر فى الكافى فقال: وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما : أى على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شىء . وهذا لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف فى جانبها فيكون مختلفا فى جانبه ضرورة يعنى أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل فى الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق فى الخارج شهادة أربعة . وقول المصنف يقوم بهما لايريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه ، أى وجوده بهما (قوله ولأن شاهدى الطواعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم ، وكان مقتضاه أن يحدّا حدّ القذف ، لكن سقط بشهادة الآخرين بزناه مكرهة ، فإن الزنا مكرها يسقط الإحصان فى حد القذف ، والإحصان يثبت بشهادة اثنين ، فلما سقطت شهادتهما فى حقها سقطت فى حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد . وهذا الاعتذار فى سقوط حد القذف يحتاج إليه عندهما على ماذكر فى جامع شمس الأئمة حيث قال : لم يجب حد القذف على الشهود عند أبى حنيفة لأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا بلفظة الشهادة ، وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفا كما فى المسئلة التى تلى هذه ، وأما عندهما فلأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدى الإكراه أسقطاه إلى آخر ما ذكرنا (قوله وإن شهد اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درئ الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لأن الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود)

خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة . وقوله (ولأن شاهدى الطواعية) دليل آخر . وتقريره لأن شاهدى الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضى إقامة حد القذف على شاهدى الطواعية (ولكن سقط الحدّ عنهما بشهادة شاهدى الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لاتأثم بسبب الإكراه . وقوله (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر. وقوله (خلافا لزفر)

لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة(وإن اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه : أن يشهد كل اثنين على الزنى فى زاوية ، وهذا استحسان . والقياس أن لايجب الحد لاختلاف المكان حقيقة . وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع فى وسط البيت فيحسبه من فى المقدم فى المقدم ومن فى المؤخر فى المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

للقذف ، وفيه خلاف زفر ، فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعى لأن العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة ، كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فإنهم يحدون . قلنا : كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظة الشهادة وتم العدد فى حق المشهود عليه فإن شبهة الاتحاد فى نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم . والحاصل أن فى الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفى القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود . قال قاضيخان : وكلامنا أظهر لقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ـ وقد وجد الإتيان بأربعة (قوله وإن اختلفوا فى بيت واحد حدّ الرجل والمرأة ، ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا) أعنى حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان . والقياس أن لايحدوا) لاختلاف المكان حقيقة . وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتى قبلها من البلدين والدارين . والقياس قول الزفر والشافعى ومالك . وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير إذ الكلام فيه بخلاف الكبير ، وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لايوجب تعدد الفعل لأن البيت إذا

يعنى أنه يقول يحدون لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا ، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فإنهم يحدون حدّ القذف . ولنا ماذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به . وتقريره أن الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث وقد وجدت لأنهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة فى زعمهم نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد فى المشهود به فيدرأ الحد . قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه ؛ فبالنظر إلى الأول لم نحد الشهود ، وبالنظر إلى الثانى لم يحدّ المشهود عليه . وقوله (وإن اختلفوا فى بيت واحد حدّ الرجل والمرأة) ظاهر . ولا يقال : إن ذلك احتيال لوجوب الحدّ والحدود يحتال لدرئها لالإثباتها ، لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد . فإن قيل : فإن كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة فى مسئلة الإكراه والطواعية على مذهب أبى حنيفة رحمه الله بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع . أجيب بأن كل ماذكر فى مسئلة الإكراه والطواعية لايتفاوت بين أن يكون إكراها من أوّله إلى آخره ، وبين أن يكون أوّله إكراها وآخره طوعا لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوّله إلى آخره إكراها أو أوّله إكراها وآخره طوعا ، فلما كان كذلك كان فى شهادتهم اختلاف المشهود به

(قوله فى زعمهم نظرا الخ) أقول : فيه تأمل (قوله قيل والحاصل) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول : أى أنها شهادة صورة وإن لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بأن ذلك احتيال الخ) أقول : سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر فى باب الاختلاف فى الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه (قوله أجيب بأن كل ماذكر الخ) أقول : ويجوز أن يفرق أيضا بأن الطواعية داخلة فى صلب الشهادة ولهذا يسألهم الإمام عن الكيفية كما صرحوا به ، بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بإمكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الإمكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظرا للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل .

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلأ نا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين ، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان فى جهة يظن أنه إليه أقرب فيقول إنه فى الزاوية التى تليه ، بخلاف الكبير فإنه لايحتمل هذا فكان كالدارين ، فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد، بأن كان ابتداء الفعل فى زاوية ثم صار إلى أخرى بتحركهما عند الفعل . وأما ماقيل فإنهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لأن ذلك أيضا قائم فى البلدتين . نعم إنما هم مكلفون بأن يقولوا مثلا فى دار الإسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه . فإن قيل : هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط فى الإقامة والواجب درؤه . أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل ، فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها فى غير الوقت ، وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذى شهد به الآخر وإن لم ينص عليه فى شهادته . فإن قيل : الاختلاف فى مسئلتنا منصوص عليه وفى هذه مسكوت عنه . أجيب بأن التوفيق مشروع فى كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت . ومن الأول ما إذا اختلفوا فى الطول والقصر أو فى السمن والهزال أو فى أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل فى كل ذلك . وقد استشكل على هذا مذهب أبى حنيفة فيما إذا شهدوا ، فاختلفوا فى الإكراه والطواعية ، فإن هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية . قال فى الكافى : يمكن أن يجاب عنه بأن ابتداء الفعل كرها إذا كان عن إكراه لايوجب الحد ، فبالنظر إلى الابتداء لايجب وبالنظر إلى الانتهاء يجب ، فلا يجب بالشك ، وهنا بالنظر إلى الزاويتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة ، وقديقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لأنه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حدّ على أحد منهم ، أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) إذ الإنسان لايتصوّر منه الزنا فى ساعة واحدة فى مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك ، وأما فى الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك ، فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لأنه يصح كون الأمرين فيهما فى ذلك الوقت ، لأن طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص أن ظهورها من الأفق ، ويحتمل تكرار الفعل . و دير هند : دير بظاهر الكوفة ، وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به ، وخطبها المغيرة بن شعبة أيام إمارته على الكوفة فقالت : والصليب مافىّ رغبة لجمال ولا لكثرة مال إنما أراد أن يفتخر بنكاحى فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر ، وإلا فأىّ رغبة لشيخ أعور فى عجوز عمياء ؟ فصدّقها المغيرة وقال فى ذلك :

أدركت مامنيت نفسى خاليا ... لله درّك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة دهية[1] ... إن الملوك ذكية الأذهان

كما ذكرنا . قال (وإذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) النخيلة تصغير نخلة التى هى واحدة النخل : موضع قريب من الكوفة ، والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لأنه اسم حىّ من اليمن ، ودير هند لايساعد عليه لأنه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح . وقوله (فلاحتمال صدق كل فريق) يعنى أن احتمال الصدق فى كلام كل من الفريقين

---

(١) (دهية) بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء : أى المكر ، ووقع فى النسخ « ذهنه » بمعجمة ونون وهو تحريف فليحطر كتبه مصححه .

(وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهى بكر درئ الحدّ عنهما وعنهم) لأن الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة ، ومعنى المسئلة أن النساء نظرن إليها فقلنا إنها بكر . وشهادتهن حجة فى إسقاط الحد وليست بحجة فى إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون فى قذف أو أحدهم عبد أو محدود فى قذف فإنهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لأنه لايثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا

إنى لحلفك بالصليب مصدّق   والصاب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوما عن حالها فقالت :

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا   إذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فأفّ لدنيا لايدوم نعيمها   تقلب تارات بنا وتصرّف

ذكر هذا ابن الشجرى فى أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضى التى أوّلها :

مازلت أطرق المنازل باللوى   حتى نزلت منازل النعمان

عند قوله :

ولقد رأيت بدير هند منزلا   ألما من الضراء والحدثان
أغضى كمستمع الهوان تغيبت   أنصاره وخلا عن الأعوان
بالى المعالم أطرقت شرفاته   إطراق منجلب القرينة عان
وذكرت مسحبها الرياط بجوّه   من قبل بيع زمانها بزمان
وبما تردّ على المغيرة دهيه   نزع النوار بطيئة الإذعان

والنوار من النساء التى تنفر من الريبة ؛ يقال نارت المرأة تنور نورا إذا نفرت عن القبيح (قوله وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهى بكر) بأن نظر النساء إليها فقلن هى بكر(درئ الحد عنهما) أى عن المشهود عليهما بالزنا (وعنهم) أى ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولى الشافعى وأحمد ، وعند مالك تحد المرأة والرجل ، أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود إذ لا بكارة مع الزنا ، وقول النساء حجة فيما لايطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد . والوجه أن يقال إن لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها ، وهو لايستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة فى إزالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغى أن لايسقط الحد ، و إن عارضت بأن لايتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لأنها لاتقوى قوّة شهادتهم . قلنا : سواء انتهضت معارضة أولا لا بد أن تورث شبهة بها يندرئ ، ولذا يسقط بقولهن هى رتقاء أو قرناء ويقبل فى ذلك قول امرأة واحدة ، وأما عن الشهود فلتكامل عددهم فى الشهادة على الزنا ، وإنما امتنع الحدّ بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة فى إسقاط الحد لا فى إيجابه . والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة فى إزالتها بالزنا أو لكذبهن (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون فى قذف أو أحدهم عبد أو محدود فى قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع :

قائم ، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف . وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لايتحقق مع البكارة ، وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا فى إسقاط الحد فيسقط عنهما ، وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة ، وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولامدخل لقولهن فى إثبات الحدود . وقوله (فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) ظاهر .

(قال المصنف : وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أقول : العميان والمحدودون فى قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من

من أهل أداء الشهادة . والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء (وإن شهدوا بذلك وهم فساق أوظهر أنهم فساق لم يحدوا) لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان فى أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضى بشهادة فاسق ينفذ عندنا ، ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا . وباعتبار قصور فى الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان ، وسيأتى فيه خلاف الشافعى بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا) لأنهم قذفة إذ لاحسبة عند

أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل . وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار . وأهل للتحمل لا الأداء كالمحدودين فى قذف والعميان . فالأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها . والثانى يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أو لا فلا ، والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للأداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما . والرابع يعتبر فى هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل . إذا عرف هذا ففى المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لأنه لايثبت بشهادة هؤلاء : أى العميان والمحدودين فى القذف مايثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها مالا يثبت معها من الحدود . وهذا لأن العميان والمحدودين ليسوا أهلا للأداء ، والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون ، بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لايحدون وإن لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور . حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ . غير أنه لايحل له ذلك فاحتطنا فى الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ، ويأتى فيه خلاف الشافعى بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة . وكذا قال أحمد فى رواية عنه (قوله وإن نقص عدد الشهود عن أربعة) بأن كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف : يعنى إذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لأنه حقه فتوقف على طلبه . وهذه إجماعية لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة - وحين شهد على المغيرة رضى الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضى الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان إجماعا ،

وقوله (لأن الزنا يثبت بالأداء) أى يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة ، ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين فى القذف لا كاملا ولا ناقصا ، فانقلبت شهادتهم قذفا لأنهم نسبوهما إلى الزنا ولم تكن نسبتهما إلى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة . وقوله (لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل) يعنى بالنص ، قال الله تعالى - إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا - فالأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء ، لأنه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ؛ ألا ترى أن العبد إذا شهد يؤمر بالردّ لا بالتثبت . وذكر الإمام قاضيخان أن الشهود ثلاثة : شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل ، وشاهد له أهلية التحمل والأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق ، وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمى والمحدود فى القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما (وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة ، إذ لاحسبة عند

أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم ، والعبد ليس من أهل التحمل والأداء ، والفاسق من أهل التحمل والأداء (قال المصنف : لأن الزنا يثبت بالأداء) أقول : أى عند القاضى كما فسر به الشيخ المصنف قوله فى أول كتاب الحدود : الزنا يثبت بالبينة والإقرار حيث قال : والمراد ثبوته عند الإمام فراجعه .

نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف فإنهم يحدون) لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب : وإن رجم فديته على بيت المال . وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : أرش الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله : معناه إذا كان جرحه . وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب . وعلى هذا إذا رجع الشهود لايضمنون عنده وعندهما يضمنون . لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب ، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع . وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم فصار كالرجم والقصاص .

والأربعة إخوة لأم واسم أمهم سمية . وأما وجهه من جهة المعنى فلأن اللفظ لا شك فى أنه قذف ، وإنما يخرج عن حكم القذف إذا اعتبر شهادة ، ولا يعتبر شهادة إلا إذا كانوا نصابا (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه إذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله إياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا فى قذف أو أعمى أو كافرا فإنهم يحدون بالاتفاق ، لأن الشهود حينئذ أقل من أربعة ، ومتى كانوا أقل حدوا حد القذف . ثم قال أبو يوسف ومحمد : أرش الجراحة ودية النفس فيما إذا مات فى بيت المال . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لاشىء عليهم ولا على بيت المال ، ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ماذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا . قال المصنف (وعلى هذا إذا رجع الشهود) يعنى بعد ماضرب فجرح أو مات (لايضمنون عنده ، وعندهما يضمنون) أرش الجراحة إن لم يمت والدية إن مات . وظاهر أنه لايحسن كل الحسن لفظ ، وعلى هذا هنا لأن مثله يقال إذا كان الخلاف فى المشار إليها كالخلاف المشبه به ، وليس هنا كذلك فإن ذلك الخلاف هو أن الأرش والدية فى بيت المال عندهما ، وعنده ليس على بيت المال شىء وهنا عندهما على الشهود . وعنده ليس عليهم شىء . وقال الشافعى ومالك وأحمد : الأرش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب . إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الخارج وغيره فيضاف) الجرح والموت (إلى شهاداتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة فى شهادتهم ، كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه أومات ، وكشهود القصاص والقطع إذا رجعوا ، هذا إذا رجعوا . وأما إذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أو محدودا الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضى لأنه الآمر له ، وفعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة

نقصان العدد) فإن الشاهد مخير بين حسبتين على مامر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ، ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم ، فإن الله تعالى قال ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ـ وإذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة . وقوله (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر . وقوله (وعندهما يضمنون) أى أرش الجراحة إذا لم يمت والدية إن مات . (قوله فصار كالرجم والقصاص) يعنى إذا شهدوا الشهود فرجم المشهود عليه أوقتل ثم رجعوا يضمنون الدية . ووجه

(قال المصنف : فصار كالرجم والقصاص) أقول : وقد سبق آنفا وسيجىء فى آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام .

ولأبى حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك . فلا يقع جارحا ظاهرا إلا لمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه ، إلا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كى لايمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها

الأمر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه ، وفيه يكون الضمان فى بيت المال لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التى لحقته بسبب عمله لهم فى مالهم ، وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص إذا قضى به . فإن الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ فى بيت المال اتفاقا (قوله ولأبى حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب . وقولهما فى إثباته أن الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا إلا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد إلى الشهود ولا القاضى . بخلاف الرجم فإنه مضاف إلى قضاء القاضى لأنه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم فى مالهم لأن الغرم بالغنم . أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون فى بيت المال بل يقتصر على الجلاد (إلا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح) لأنه لم يتعمده . فلو ضمناه لامتنع الناس من الإقامة مخافة الغرامة . وإذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضى لتثبت فى بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب . وقوله فى الصحيح احتراز عن قول فخر الإسلام فى مبسوطه : لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأن ليس مأمورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل ، فإذا وجد فعله على هذا الوجه . رجع متعديا فيجب عليه الضمان . وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس ، وإنما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف فى الواقع (قوله وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أى فى هذه الشهادة التى هى الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها فى موضعين : فى تحميل الأصول . وفى نقل الفروع ، وهو قول مالك وأحمد . والأصح من مذهب الشافعى أنه يحد بها إذا تكاملت شروطها . ونحن بينا زيادة الشبهة وهى وإن لم تمنع فى الشرع لأن

أبى حنيفة ظاهر . وقوله (فى الصحيح) يعنى فى الصحيح من الرواية ، وذكر فى مبسوط فخر الإسلام : ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لاجارح ولا كاسر ولاقاتل ، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان . وذكر فى كتاب الإيضاح فى هذه المسئلة لأبى حنيفة وجها حسنا ، وهو أن الإضافة إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإيجاد . والأثر الحاصل موجب وجود الضرب لاموجب وجوبه فلم يكن مضافا إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان . وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه . فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن

(قال المصنف : إلا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح) أقول : قال الإتقانى استثناء من قوله فيقتصر عليه ، وهذا جواب سؤال بأن يقال لما اقتصر عليه كان ينبغى أن يجب عليه الضمان وهو القياس ، فأجاب عنه وقال : لكن لايجب عليه الضمان فى الوجه الصحيح وهو الاستحسان كى لايمتنع الناس اه . وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية (قال المصنف : لما فيها من زيادة الشبهة) أقول : يعنى أن فى جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود ، وفى الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا ففيها زيادة الشبهة ولا تتحمل (قال المصنف : ولا ضرورة إلى تحملها) أقول : يعنى أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ، ولا حاجة إليها هنا لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها .

(فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه ، لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فى عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل ، ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة . وهى كافية لدرء الحد لا لإيجابه (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حدّ الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلأنه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق . وقال الشافعى : يجب القتل دون المال بناء على أصله فى شهود القصاص ، وسنبينه فى الديات إن شاء الله تعالى . وأما الحدّ فمذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر

الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها فى المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ، ولا يلزم من اعتبارها فى الجملة اعتبارها فى كل موضع كشهادة النساء فإنها معتبرة صحيحة للملك وليست معتبرة فى الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا فى الحدود ، وسببه أنه يحتاط فى درئها فكان الاحتياط ردّ ماكان كذلك من الشهادة كما ردّت شهادة النساء فيها ، ولأنها بدل واعتبار البدل فى موضع يحتاط فى إثباته لافيما يحتاط فى إبطاله (فإن جاء الأولون) يعنى الأصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ماشهد به الفروع من الزنا فعنده لاتقبل أيضا (لأن شهادة هؤلاء الأصول قد ردّها الشرع من وجه بردّه شهادة الفروع فى عين الحادثة) التى شهد بها الأصول (إذ هم قائمون مقامهم) فصار شبهة فى درء الحدّ عن المشهود عليه بالزنا (ثم لايحد الشهود) الأصول ولا الفروع (لأن عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا ، غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية للدرء الحد لا لإيجابه فلا يوجب حدّ القذف على الشهود (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة : إما قبل القضاء ، أو بعده قبل الإمضاء ، أو بعده . ذكرها المصنف كلها ، فذكر أوّلا ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الرجم مثلا ، وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية . أما غرامة ربع الدية فلأنه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لإتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع . وقال الشافعى : يجب القتل لا المال بناء على أصله فى شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون . قال المصنف (وسنبينه فى الديات) قيل وقعت الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة أنه يحدّ وقال زفر : لايحد لأنه إن كان قاذف حى برجوعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لايورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم

فيه زيادة ونقصان . قوله (إذ هم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمة مقام الأصل ، فكان الردّ لشهادة الفروع ردّ لشهادة الأصول ، وذلك لأن الموضع الذى تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول ، وفى الموضع الذى تردّ يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة . وقوله (ولا تحد الشهود) يعنى الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل) والأهلية موجودة (وامتناع الحدّ على المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع ، وشبهة الرد فى الأصول (وهى كافية للدرء لا لإيجابه) لأن الشبهة مسقطة للحد لاموجبة له . قال (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح . وقوله

(قال المصنف : وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة) أقول : عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فلمذهب جميع علمائنا لأنه بقى من يبقى الخ ، وأما الحد فمذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى .

لايحد لأنه إن كان الراجع قاذف حيّ فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبنى عليه وهو القضاء فى حقه فلا يورث الشبهة . بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه

القاضى وحكمه برجمه يوجب شبهة فى إحصانه ولهذا لايحد الباقون إجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثانى وهو أنه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه ، أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال ، كمن عاق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه يتبين أنه وقع حين التكلم به ، وكذا إذا فسخ وارث المشترى البيع مع البائع بعد موت المشترى يثبت به الملك فى الحال للبائع ، بخلاف مالو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فإنهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفة لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون ، وإنما لايحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لأنه قذف حيا فمات ، وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة فى حقه دارئة للحد عنه ، فلأنه لما انفسخت الحجة انفسخ مابنى عليها وهو القضاء برجمه فى حقه بزعمه واعترافه ؛ فإذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك فى حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة فى حقه لأن زعمه معتبر فى حقه ، بخلاف غيره لأنه لم ينفسخ فى حق غيره فلهذا حد الراجع ولم يحدّ غيره لو قذفه لأن القضاء لما كان قائما فى حق الغير صار المرجوم غير محصن فى حقه . ثم

(لأنه إن كان قاذف حيّ فقد بطل بالموت) يعنى لأن حدّ القذف لايورث (وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى) وذلك إن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إيراث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لأنها تنفسخ به ، وإذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا (فجعل للحال قذفا للميت) وإذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها ، وإذا انفسخت حجيتها انفسخ مابنى عليها وهو القضاء ، وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حدّ قاذفه ، لكن قيد بقوله فى حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة و زعمه فى حق نفسه معتبر ، بخلاف ما إذا قذف غيره لأنه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه ، لأن قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرّر . فكان قذفه واقعا فى حق غير المحصن فلا يجب حدّ القذف . ولقائل أن يقول : القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحدّ لامحالة ، فإذا كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ، ومثله يورث الشبهة الدارئة للحدّ . واعترض أيضا بأن أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالإجماع ، ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الجلد حدّ وما ذلك إلا لأن القذف إن ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر . ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لايحد القاذف . وأجيب بأن أحدهم إذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لأن العبد لاشهادة له ، فإن كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد ، وإن كان رجما قذف حيا ثم مات فلا يحد ، بخلاف ما نحن فيه فإنها كانت شهادة فى ذلك الوقت ، وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان

(قوله ولقائل أن يقول : القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد) أقول : فيه تأمل إلا أن يكون وجب بمعنى سقط .

(فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد : حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع ، كما إذا رجع بعد الإمضاء . ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعا . وقال زفر : يحد الراجع خاصة لأنه لايصدّق على غيره . ولنا أن كلامهم قذف فى الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقى قذفا فيحدون (فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شىء عليه) لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة (فإن رجع آخر حدّا وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال (فإن لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أى بعد القضاء قبل الإمضاء (حدوا جميعا . وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفا . فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء فى حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الإمضاء) أى استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء بحقوق الله تعالى فى مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء ، وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح فى الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضى يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ، ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال زفر : يحد الراجع خاصة) لأن رجوعه عامل فى حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ماهى عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف فى الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لأن رجوعهم منع من ذلك فبقى قذفا فيحدون . والأولى أن يقال كلامهم قذف فى الأصل ، وإنما يصير شهادة مادام بصفة إيجابه القضاء على القاضى وبالرجوع انتفى فكان قذفا ، وهذا لأن كونه لايخرج عن القذف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع . إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الأداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولا ، فكذا إذا رجع أحدهم يحدّ ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فإن كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أى بعد الرجم (لا شىء عليه) أى لاحدّ ولا غرامة (لأنه بقى) بعد رجوعه (من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة) وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول للشافعى رحمه الله غير الأصح عندهم (وإن رجع آخر) مع الأول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعى تفصيل ، وهو أنهما إن قالا أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية . وفيه وجهان : فى وجه خمساها ، وفى وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعنى من أن الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحدّ

قاذفا للميت فيحد . وقوله (فإن لم يحد المشهود عليه) ظاهر . وقوله (ولنا أن كلامهم قذف فى الأصل) يعنى لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك إذا صار شهادة (وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقى قذفا) وهذا يناقض ماتقدم لأنه قال هناك : إن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال : إنها قذف ، وإنما تصير شهادة باتصال القضاء بها . ويمكن أن يجاب عنه بأنه لامنافاة بينهما لأنه قذف فى الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود إلى ما كان بالرجوع ، وعلى هذا لايرد قول من يقول : إن فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع ، وقد قال تعالى ـ ولا تزر وازرة وزر أخرى ـ لأن الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة ، فكل منهم مؤاخذ بذنبه لابذنب غيره . وقوله (وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعنى بعد الرجم لأن وضع المسئلة فى ذلك . وقوله (فلما ذكرنا) إشارة إلى ما قال من قبل . ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا الخ ،

وأما الغرامة فلأنه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق. والمعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع على ماعرف (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) معناه إذا رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم. لهما أنهم

يعنى عند رجوع الثانى تنفسخ شهادتهما قلفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثانى، لا أن رجوع الثانى هو الموجب للحد (وأما الغرامة فلأنه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) فى قدر لزوم الغرامة (بقاء من بقى) لا رجوع من رجع على ماعرف (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أى بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول، أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق إذا ظهروا عبيدا، فإذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبدا فإما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا، ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين، وإنما طرأ كفرهم بعد، وإن قالوا أخطأنا فى ذلك فكذلك لايضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التى فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم، فى هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله: الدية على المزكين، وقال أبو يوسف ومحمد: على بيت المال، وهو قول الأئمة الثلاثة. إذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ماينبغى بعد قوله إذا رجعوا عن التزكية لأنه يوهم أن فى صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر. وكذا التسبب لأن سبب الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه

ومعناه يحدان جميعا، لأنه لما رجع الثانى لم يبق من الشهود من تم به الحجة. وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فيحدان. فإن قيل: الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان، فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثانى ورجوع غيره لايكون ملزما إياه بالحد. أجيب بأن الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة، فإذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الأول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع، ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لأن فى حق كل واحد منهم لايلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة، وهذا بعيد. قال (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكى نفسه إذا مدحها، وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء، وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبي حنيفة. معناه إذا رجعوا عن التزكية. وقال أبو يوسف ومحمد: هو) أى الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بأن يقولوا أخطأنا وذلك لايوجب الضمان بالاتفاق وأن يكون بأن يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع. قال (وقيل هذا إذا قالوا) يعنى لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق، قالا: المزكون ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه هو الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا فى المعنى كشهود الإحصان، إذ أن أولئك أثبتوا خصالا حميدة فى الزانى وهؤلاء أثبتوا

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول: فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض.

أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا بإحصانه . وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية ، فكانت التزكية فى معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط . ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا . وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام ، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لايضمنون لأن العبد قد يكون عدلا . ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحدون حد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

وإنما (أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان) فكما لايضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه به إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يثبتوا السبب كذلك لايضمن المزكون (ولأبى حنيفة أن الشهادة بالزنا (إنما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية ، فكانت التزكية فى معنى علة العلة) للإتلاف لأنها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة فى إضافة الحكم إليها على ماعرف ، بخلاف الإحصان فإنه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذى هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت الشهادة بهشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة . والسبب وضع الكفران فى موضع الشكر ، ثم أفاد المصنف أنه لايشترط فى التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم أحرار . وكذا لايشترط مجلس القضاء اتفاقا ، ثم لايشترط العدد فى المزكى عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين فى سائر الحقوق الأربعة فى الزنا ، ويجوز شهادة رجل و امرأتين فى الإحصان ثم لايحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف . واعلم أنه وقع فى المنظومة قوله :

على المزكين ضمان من رجم — إن ظهر الشاهد عبدا وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف — من بيت مال المسلمين فاعرف
وفى المزكين إذا هم رجعوا — كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفى المختلف مايوافق ما فى المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع : وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون . قال فى المصفى شرح المنظومة : وهنا إشكال هائل ، فإنا إن أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم نؤولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان ، ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام فى الجامع الصغير مطلقا كما ذكر هنا ، وفى الشرح خلافه ثم قال : ويحتمل أن يؤول بالرجوع

خصالا حميدة فى الشاهد ، فكما لا ضمان على أولئك كذلك لاضمان على هؤلاء . وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر . وقوله (وهذا) يعنى وجوب الضمان على قول أبى حنيفة . وقوله (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله لأنه لم يقع كلامهم شهادة ؟ والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة . فإن قيل : فلم لا تحد الشهود ؟ قلت : لأنهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه ، وإليه الإشارة فى الكتاب . لايقال : لم لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الانقلاب كما فى صورة الرجوع عن الشهادة . لأنا نقول : علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد . فإن قيل : لم لايكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع ؟

(قوله لما تقدم أن كلام كل منهم) أقول : فى رأس الصحيفة .

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضى برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفى القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد . ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم . وتجب الدية فى ماله لأنه عمد . والعواقل لاتعقل العمد . ويجب ذلك فى ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل (وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله

ولا يلزم التكرار ، لأن المسئلة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا . والمسئلة الثانية يعنى التى فى البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه . وعلى هذا فالخلاف فى موضعين : ما إذا ظهروا عبيدا ورجعوا ، وما إذا رجعوا فقط ،وأما تعزيرهم فباتفاق . وقول صاحب المجمع : ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين إن تعمدوا . وقالا : فى بيت المال . ولو رجع المزكون عزر ، وإلا يفيد تحقق الخلاف فى الضمان فى مجرد رجوعهم ، بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير ، فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على مامشى هو عليه . وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافى بل الاتفاق أنه فى بيت المال كما سيذكر . وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال ، وبه يزول الإشكال عنه ، غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ، ولا يذكر فى الأصول كالجامع والأصل (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضى برجمه الخ) استوفى أقسامها فى كافى حافظ الدين فقال : إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود فى العمد والدية فى الخطإ على عاقلته . وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم ، وإن قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لاشىء عليه . وإن قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين فى قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفسا محقون الدم عمدا ، لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به ، إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضى ليصير فعله منقولا إليه فبقى مقصورا عليه . وفى الاستحسان : تجب الدية بأن قضاء القاضى بالرجم نفذ من حيث الظاهر ، وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الإباحة ، وهذا لأنه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الإباحة ، فإذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الإباحة ، بخلاف مالو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة : يعنى فيقتص منه فى العمد فصار كمن قتل إنسانا على ظن أنه حربى وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية فى ماله لأنه عمد ، والعاقلة لاتعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية ، بخلاف ماوجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد لابنفس القتل فأشبه الثمن وما فى الكتاب لايخفى بعد ذلك . وقوله (وإن رجم) ضبطه

فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا ، وكلاهم لم يقع شهادة . وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعنى أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لإيراث الشبهة ، لأنه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم ؛ فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى إسقاط الحد ، ولهذا لايجب القصاص على الولى إذا جاء المشهود بقتله حيا . وقوله (وإن رجم) على بناء الفاعل : أى الرجل الذى ضرب عنقه لم يضربه وإنما رجمه (ثم وجدوا) أى الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله)

إليه : ولو باشره بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا كذا هذا ، بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره (وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله

الأساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه ، ويطابق قول السرخسى فى المبسوط ما فى مبسوط شمس الأئمة حيث قال فيه : وإن كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية فى بيت المال (لما ذكرنا) يعنى فى مسئلة الجلاد إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا) أى الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضى (بخلاف ما إذا ضرب عنقه) ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فى ماله كما ذكرنا (لأنه لم يأتمر أمره) فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرناه آنفا ، ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف (قوله وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أى إلى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعى فى المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة ، والنظر إلى العورة عند الحاجة لايوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب . وعدّ فى الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب ، والمرأة فى حق المرأة أولى ، وإن لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة ، بخلاف مالو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لاتقبل إجماعا . ونسب إلى بعض العلماء أنه لاتقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا ، وقلنا : إن النظر يباح للحاجة على ماقلنا (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أى شرائط الإحصان (لأن الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أى يستلزم ذلك (ولذا لو طلقها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة ، والفرض أنهما مقران بالولد ، ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان ، فإذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى ، وعلى كون المعنى ماذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الإحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا ، فما عن الأئمة الشافعى ومالك وأحمد من أنه لايثبت بذلك

أى فعل الراجم (إلى الإمام ، ولو باشره) الإمام (بنفسه وجبت الدية فى بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا ، بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره) لأنه أمره بالرجم دون حزّ الرقبة فلم ينتقل فعله إليه . قوله (وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر فى الكتاب وهو واضح . وفى الجامع الصغير لشمس الأئمة : قال بعض العلماء : لاتقبل شهادتهم لإقرارهم بالفسق على أنفسهم ، فإن النظر إلى عورة الغير قصدا فسق ، وإنما تقبل شهادتهم إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لاقصدا ، ولكنا نقول : النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا ، فإن الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة ، وبالشهود حاجة إلى ذلك لأنهم مالم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لايسعهم أن يشهدوا . وقوله (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر . وقوله (والإحصان يثبت بمثله) أى بمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة ؛ ألاترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا . فكذلك ههنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الإحصان بالحكم بثبوت النسب .

(فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعى ؛ فالشافعى مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة فى غير الأموال ، وزفر يقول إنه شرط فى معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء . فصار كما إذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لاتقبل لما ذكرنا . ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة ، وإنها مانعة من الزنا على ماذكرنا فلا يكون فى معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به فى غير هذه الحالة ؛

لاحتمال كونه من دخول لاعلى وجه الصحة ليس بخلاف ، لأن بفرض أنها امرأته لايكون من وطء شبهة الغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لايستمر ظاهرا مولدا على وجه الديمة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة (قوله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعى ومالك وأحمد ، إلا أن المبنى مختلف ؛ فعندهم شهادتهن فى غير الأموال لاتقبل ، وعند زفر إن قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط فى معنى العلة ، والشأن إثبات أنه فى معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده ، بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم) وهو محصن (أنه أعتقه قبل زناه لاتقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة فى غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط فى معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذ كان المقصود تكميل العقوبة ؛ ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط فى معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لايضمنون إذ كان علامة محضة (ولنا) فى نفى أنه فى معنى العلة (أن الإحصان) ليس إلا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه ، فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فإن سببها المعصية ، والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون فى معنى علة الحكم وهو مانع لسببه ، فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه يختلف الحكم فى حال الإحصان حكمه الرجم وفى غيره الجلد ، فكان الإحصان السابق على الزنا معرّفا لخصوص الحكم ، الثابت بالزنا أعنى خصوص العقوبة ، والعلامة المحضة قط لايكون لها تأثير فلا تكون علة ولا فى معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظهر أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة ، وبالشهادة يظهر ماثبت بالزنا عند الحاكم ، فلما

وقوله (خلافا لزفر والشافعى ، فالشافعى مرّ على أصله ، وزفر جعل الإحصان شرطا فى معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة) ويترتب على ذلك أمران : أحدهما ماذكره فى الكتاب بأن شهادة النساء لاتقبل فيه . والثانى أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتى ، لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق . وقوله (فصار كما إذا شهد ذميان على ذمى الخ) يعنى أن الزانى لو كان مملوكا لذمى وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمى أعتقه قبل الزنا يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله . وقوله (لما ذكرنا) يعنى أن الإحصان شرط فى معنى العلة (ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل ، وبعضها فرض عليه كالإسلام ، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ماذكرنا) قبل باب الوطء الذى يوجب الحد فيكون الكل مزجرة ، وكل مايكون مانعا عن الزنا لايكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما إذا شهدوا به) أى بالنكاح (فى غير هذه الحالة) يعنى

بخلاف ماذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما . وإنما لايثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فإن رجع شهود الإحصان لايضمنون) عندنا خلافا لزفر وهو فرع ماتقدم .

لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل فى إثباته شهادة النساء ، كما لوشهدتا مع الرجل بالنكاح فى غير هذه الحالة والدخول فى غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت إحصانه ، ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا إذا شهدتا بعد ظهور الزنا به ، فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده ، وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ، ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق ، كذا هنا لايضاف الرجم بعد الشهادة بالإحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (بخلاف ماذكر لأن العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمى بشهادتهما عليه بالإعتاق (وإنما لايعتق بسبق التاريخ لأنه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لأنه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين . واستشكل كونه ليس فى معنى العلة للحدّ بأنه لو أقرّ بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الإحصان حسبة بلا دعوى ، فيجب أن يشترط فى الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبى حنيفة . أجيب بأن صحة الرجوع لاتتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له فى سبب الحد ، بخلاف الإقرار بالدين فإن المقرّ له يكذبه فى رجوعه ، وإنما صحت الحسبة فيه لأنه من إظهار حق الله تعالى ، والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لأصل العقوبة ، فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا دعوى عند أبى حنيفة لتضمنه تحريم الفرج .

[فروع من المبسوط] شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان ، فشهد رجلان أنه تزوّج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الإحصان فيرجم . وعند محمد لايثبت فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقربها أو أتاها فهذا ليس بصريح . وهذا لأن الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الإحصان بالشك . ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء ، قال الله تعالى - من نسائكم اللاتى دخلتم بهن - فلا إجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع . ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته إجماعا . وحدوا للقذف عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد لايحدون لأن رجوع كل فريق معتبر فى حقهم لا فى حق غيرهم فصار فى حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ، ولهما أن كل فريق أقرّ على نفسه بالتزام حد القذف لأن كل فريق يقول إنه عفيف قتل ظلما وأنهم قذفة بغير حق . ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة بعد حد عند محمد لأن البينة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا بإقرار معتبر والإقرار مرة هنا كالعدم . وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لايحد ، وهو

لو شهد رجل وامرأتان أن فلانا تزوّج هذه المرأة ودخل بها فى غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ماذكر) يعنى زفر من شهادة الذميين على ذمى أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق) هناك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وإنما لايثبت سبق التاريخ لأنه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه ، ومابنكره المسلم أويتضرر به لايثبت بشهادة أهل الذمة . فلوقلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم . وقوله (فإن رجع شهود الإحصان لايضمنون) أحد الأمرين المترتبين على الأصل الذى ذكرناه من قبل ، والله أعلم .

(باب حد الشرب)

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد ،

الأصح لأن شرط قبول البينة إنكار الخصم وهو مقر ولاحكم لإقراره فبطل الحد. ولأن الإقرار وإن فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة .

(باب حد الشرب)

قدم حدّ الزنا عليه لأن سببه أعظم جرما ولذا كان حدّه أشد ، وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه ، بخلاف حد القذف لأن سببه هو القذف قد يكون صدقا . وأخر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة أموال الناس ، وصيانة الأنساب والعقل آكد من صيانة المال . بقى أنه أخره عن حدّ القذف لأن المال دون العرض فإنه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أى إلى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد إذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أى جاءوا به إليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أى بالشرب فى الأول وهو عدم السكر منها . وفى الثانى وهو السكر من غيرها (فإنه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبره بأن ريحها موجود ، وأما إذا جاءوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر

(باب حد الشرب)

إنما أخر حدّ الشرب عن حد الزنا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس ، فإن الله تعالى قرن ذكره بعبادة الأصنام وقتل النفس حيث قال تعالى - والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرّم الله إلا بالحق ولا يزنون - ولهذا لم يحل فى دين من الأديان وأخر حدّ القذف عن حدّ الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها ، بخلاف جريمة القذف فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ، ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حدّ الشرب لضعف فى ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا فى نسبته إلى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه) أى على الشارب (بذلك) أى بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى - عوان بين ذلك - (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضى أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ، ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبى حنيفة

(باب حد الشرب)

(قال المصنف : ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول : حين الأخذ ولا تمس الحاجة إلى وجوده عند الحضور إلى مجلس القاضى كما ستعلم عن قريب (قال المصنف : أو جاءوا به سكران) أقول : الباء للتعدية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول : وسيجىء نظيره فى أوائل باب حد القذف .

وكذلك إذا أقرّ وريحها موجودة) لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه . فإن عاد فاجلدوه » (وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يحد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد : يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ،

ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فإن ريح الخمر لاتوجد من السكران من غيرها ، ولكن المراد هذا لأن الحد لايجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة ، فالمراد بالثانى أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (إذا أقرّ وريحها موجود لأن جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والإقرار (ولم يتقادم العهد . والأصل فى ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم إن شرب فاجلدوه ») إلى أن قال « فإن عاد الرابعة فاقتلوه » أخرجه أصحاب السنن إلا النسائى من حديث معاوية . ورووى من حديث أبى هريرة « فإذا سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر » الخ . قال الترمذى : سمعت محمد بن إسماعيل يقول : حديث أبى صالح عن معاوية أصح من حديث أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه ، وصححه الذهبى . ورواه الحاكم فى المستدرك وابن حبان فى صحيحه والنسائى فى سننه الكبرى ثم نسخ القتل . أخرج النسائى فى سننه الكبرى عن محمد بن إسماعيل عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا « من شرب الخمر فاجلدوه » الخ ، قال « ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فجلده ولم يقتله » وزاد فى لفظ «فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع » ورواه البزار فى مسنده عن ابن إسحق به « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر به فضرب ، فلما كان فى الرابعة أمر به فجلد الحد ، فكان نسخا » وروى أبو داود فى سننه قال : حدثنا أحمد بن عبدة الضبى ، حدثنا سفيان . قال الزهرى : أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فى الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ، فأتى برجل قد شرب فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ورفع القتل وكانت رخصة » وقال سفيان : حدث الزهرى بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما : كونا وافدى أهل العراق بهذا الحديث اهـ . وقبيصة فى صحبته خلاف . وإثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف فى كتاب الأشربة من قوله عليه الصلاة والسلام «لايحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » الحديث ، فإنه موقوف على ثبوت التاريخ . نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادى : أى تعارضا فى القتل فرجح النافى له فيلزم الحكم بنسخه فإن هذا لازم فى كل ترجيح عند التعارض (قوله وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق

وأبى يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار (والأصل فيه) أى فى وجوب الحدّ (قوله صلى الله عليه وسلم« من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ») قيل تمام الحديث « فإن عاد فاقتلوه» وهو متروك العمل به فليكن الباقى كذلك . وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لايحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » وليس شرب الخمر منها ، فبقى الباقى معمولا به لعدم المعارض . وقوله (فإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها) واضح .

غير أنه مقدّر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا . وهذا لأن التأخير يتحقق بمضيّ الزمان والرائحة قد تكون من غيره ، كما قيل :

يقولون لى إنكه شربت مدامـة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وعندهما يقدّر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود : فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه .

غير أنه) أى هذا التقادم (مقدّر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا) أنه ستة أشهر أومفوّض إلى رأى القاضى أو بشهر وهو المختار (وهذا لأن التأخير يتحقق بمضى الزمان) بلا شك(بخلاف الرائحة لأنها قد تكون من غيره كما قيل :

يقولون لى انكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع ، ونكه من بابه ؛ أى أظهر رائحة فه . وقال الآخر :

سفرجلة تحكى ثدىّ النواهـد   لها عرف ذى فسق وصفرة زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شىء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها ، ولو سلمنا أنها لاتلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها . لأن المعقول تقيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لاتتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيرا يعد تفريطا ، وذلك منتف فى تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة . أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود ، وهو ماروى عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى الجابر عن أبى ماجد الحنفى ، قال : جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود ، فقال عبد الله : ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ، ففعلوا فرفعه إلى السجن ، ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد : اجلد وأرجع يدك وأعط كل عضو حقه . ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه إسحاق بن راهوية : أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به . ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لايعمل بها إلا مع قيام الرائحة . والحديث المذكورعن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار ، إنما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة . والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك ، وهما بتاءين مثناتين من فوق . قال ذو الرمة يصف بعيرا :

بعيد مساف الخطو غوج شمردل   تقطع أنفاس المهارى تلاتـله

أى حركاته . والمساف جمع مسافة . والغوج بالغين المعجمة الواسع الصندر . ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى : أنه إذا باراها فى السير أظهر فى أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها ، وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من

وقوله(غير أنه مقدر بالزمان عنده) أى عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بحد الزنا) وقوله (وهذا) يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لأن التأخير يتحقق بمضىّ الزمان) فلا بد من تقدير زمان ، وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم فى موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلأنها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل :

يقولون لى إنكه قد شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وهذه الرواية وهى رواية المطرزى بكلمة قد ، وقد روى بدونها وهى رواية الفقهاء ، فعلى الأولى تسقط همزة الوصل من انكه فى اللفظ ، وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)

ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ، والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل ، وإنما تشتبه على الجهال . وأما الإقرار فالتقادم لايبطله عند محمد كما فى حد الزنا على مامر تقريره . وعندهما لايقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه . ويدل عليه ما فى الصحيحين عن ابن مسعود « أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل : ما هكذا أنزلت ، فقال عبد الله : والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت ، فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر ، فقال : أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب ، فضربه الحد » . وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر ، وفى لفظ ريح شراب . والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لايستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ، ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعى ، ورواية عن أحمد ، والأصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه ، وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزّر من وجد منه الرائحة ، ويترجح لأنه أصح ، وإن قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدّا تاما ، وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى ، وهو أن الأصل فى الحدود إذا جاء صاحبها مقرّا أن يردّ أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحدّه ، فإن صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه . وأما قوله (ولأن قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل ، وإنما تشتبه على الجهال) فليس بمفيد لأن كونها دليلا على القرب لايستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم ، لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هى عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع ؛ فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الإقرار فالتقادم لايبطله عند محمد كما فى حد الزنا) لايبطل الإقرار بالتقادم اتفاقا (على مامر تقريره) من أن البطلان للتهمة والإنسان لايتهم على نفسه (وعندهما لايقام الحد) على المقر بالشرب (إلا) إذا أقر (عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) بمعنى أنه لم يقل بالحد إلا إذا كان مع الرائحة فيبقى

(ولأن) المعتبر فى ذلك القرب و (قيام الأثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وإنما يصار إلى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان : أى إنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الأثر . وقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة إلى الإثبات بالبينة (وأما الإقرار فالتقادم لايبطله عند محمد كما فى حد الزنا على مامر تقريره) أن الإنسان لايكون متهما بالنسبة إلى نفسه (وعندهما لايقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) يعنى قوله « فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه » وفيه نظر لأن الإجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ، ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود وهو

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود) أقول : شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل

(وإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حدّ فى قولهم جميعا) لأن هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لايتهم فى مثله (ومن سكر من النبيذ حد)

انتفاؤه فى غيرها بالأصل لا مضافا إلى لفظ الشرط ، وأما إضافة ثبوته إلى الإجماع بعد قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لأنه من الآحاد . وبمثله لايثبت الحد والإجماع قطعى . ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخى ، فأما قول الجصاص وهو قول أبى يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح ، فإن كان المصنف يرى أنه لايثبت به أشكل عليه جعله إياه أوّلا الأصل . وإن لم يره أشكل نسبة الإثبات إلى الإجماع ، وأنت علمت أنه إنما ألزم قيامها عند الحد بلا إقرار ولا بينة كما هو ظاهر ماقدمناه ، فإن ادعى أن ذلك كان مع إقراره فليبين فى الرواية . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال : هذا أعظم عندى من القول أن يبطل الحد بالإقرار وأنا أقيم عليه الحد وإن جاء بعد أربعين عاما (قوله فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران) من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به إلى مصر فيه الإمام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك : أى الريح) قبل أن ينتهوا به) إليه (حد فى قولهم جميعا) لأن التأخير إلى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلايتهم فى هذا التأخير ، والأصل أن قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد إنما يتعلق فى غير الخمر من الأنبذة بالسكر : وفى الخمر بشرب قطرة واحدة . وعند الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » رواه مسلم ، فهذان مطلوبان . ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع . أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة

قيام الرائحة أجمع عليه الباقون . وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لاغير . وجواب الإمام فخر الإسلام بأن العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أوّلا ، وأيضا ذكر فى أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » وقال ههنا إنه ثابت بإجماع الصحابة وهما متنافيان ، وأيضا اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه » وقوله (وريحها توجد منه) ظاهر . قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر ، وما يتخذ من الزبيب شيئان : نقيع ونبيذ . فالنقيع أن ينقع الزبيب فى الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته إلى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ ، فمادام حلوا يحل شربه ، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم . وأما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فإذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف الآخر يحل شربه ما دون السكر . وعند محمد والشافعى لايحل شربه . وما يتخذ من التمر ثلاثة : السكر والفضيخ والنبيذ . فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه فى قولهم ما دام حلوا ، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف يحل شربه للتداوى والتقوّى إلا القدح المسكر . وقال محمد والشافعى : لايحلّ . واختلفوا فى وجوب الحد ، وسيجىء بيانه فى الأشربة .

الإجماع ، ويقرب منه ما ذكروا فى باب الشهادة على الشهادة فى وجه الاستدلال بما روى عن على رضى الله عنه على كفاية الاثنين فى الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه (قوله وأيضا ذكر فى أول الباب الخ) أقول : ذكره فى أول الباب ليس إلا لكونه سند الإجماع الذى يثبت به الحد ، لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء . فإنه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز إيجاب الحد به ، وقوله والأصل فيه لا يبعد أن يكون منبها على ماذكرنا فليتنبه (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه ») أقول : وجوابه أنه خص منه الشرب اضطرارا وإكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح إيجاب الحد به ، كذا فى الكافى ، ويجوز أن يقال أيضا : لما خص منه ماذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس .

لما روى أن عمر أقام الحد على أعرابيّ سكر من النبيذ . وسنبين الكلام فى حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى

لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك . فمن الأول ما فى الصحيحين من حديث ابن عمر : « نزل تحريم الخمر وهى من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير » . وما فى مسلم عنه عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » وفى رواية أحمد وابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق « وكل خمر حرام » وأما مايقال من أن ابن معين طعن فى هذا الحديث فلم يوجد فى شيء من كتب الحديث . وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخارى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنبة » وفى الصحيحين من حديث أنس : كنت ساقى القوم يوم حرّمت الخمر وما شرابهم إلا الفضيخ البسر والتمر . وفى صحيح البخارى قول عمر رضى الله عنه : الخمر ما خامر العقل . وإذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته فى الخمر لأنه مسمى الخمر ، لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر ، كزيد أسد : أى فى حكمه . وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها فى الاستعمال ومثاله كثير فى الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان إذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أى المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد إلا الحكم ، ثم لا يلزم فى التشبيه عموم وجهه فى كل صفة ، فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التى هى غير الخمر ، بل يصحح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها فى الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها ، وكون التشبيه خلاف الأصل يجب المصير إليه عند الدليل عليه ، وهو أن الثابت فى اللغة من تفسير (١) الخمر بالنىء من ماء العنب إذا اشتد . وهذا مالا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم . ولقد يطول الكلام بإيراده ، ويدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضى الله عنهما : حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء . أخرجه البخارى فى الصحيح . ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول أنس : وما شرابهم يومئذ : أى يوم حرمت إلا الفضيخ البسر والتمر . فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه . وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذى من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام . وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام » وفى لفظ للترمذى « فالحسوة منه حرام » قال الترمذى حديث حسن ورواه ابن حبان فى صحيحه . وأجود حديث فى هذا الباب حديث سعد بن أبى وقاص « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره » أخرجه النسائى وابن حبان . قال المنذرى : لأنه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير ، وقد احتج به به الشيخان عن الضحاك بن عثمان . وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبدالله بن الأشج عن عامر بن سعد بن أبى وقاص ، وقد احتج بهما الشيخان ، وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح ، وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الأخير لأن صريح هذه الروايات القليل . وما أسند إلى ابن مسعود « كل مسكر حرام » قال : هى الشربة

وأما الكلام فى حد السكر ومقدار حده فسيذكر إن شاء الله تعالى .

---

(١) من تفسير ، هكذا فى النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه .

. . . .

التي أسكرتك . أخرجه الدارقطني ؛ ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر ، قال : وإنما هو من قول إبراهيم : يعني النخعي . وأسند إلى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال : حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ، ولو عارضه كان المحرّم مقدما . وما روى عن ابن عباس من قوله : حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فإنه لم يسلم . نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس : حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب . وفي لفظ : وما أسكر من كل شراب . قال : وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا إنما فيه تحريم الشراب المسكر ، وإذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر ، ولفظ السكر تصحيف ، ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه ، بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل إلا بسماع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا . ولأصحابنا فيه منع خصوصا وعموما . أما خصوصا فمنعوا أن حرمة الخمر معللة بالإسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر بعينها والسكر» الخ . وفيه ماعلمت . ثم قوله بعينها ليس معناه أن علة الحرمة عينها ، بل إن عينها حرمت ، ولذا قال في الحديث « قليلها وكثيرها » والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام . ولو كان كان المراد ماذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الأشربة من نفي تعليلها بالإسكار لأنه لم يذكره إلا لنفي أن حرمتها مقيدة بإسكارها : أي لو كانت العلة الإسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الإسكار أومظنته من الكثير . لا أن حرمتها ليست معللة أصلا بل هي معللة بأنه رقيق مالذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره وإن كان القدوري مصرا على منع التعليل أصلا . ونقض رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لايحرم قليله وإن كان يدعو إلى كثيره ، لكن المصنف ذكر في كتاب الأشربة مايفيد ماذكرنا ، فإنه قال في جواب إلحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر . وإنما يحرم قليله لأنه يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته ، والمثلث لغلظه لايدعو وهو في نفسه غذاء ، ولا يخفى بعدهذا أن اعتبار دعاية القليل إلى الكثير في الحرمة ليس إلا لحرمة السكر . ففي التحقيق الإسكار هو المحرم بأبلغ الوجوه لأنه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وإتيان المفاسد من القتل وغيره ، كما أشار النص إلى عليتها ، ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لايثبت الحد لأن الحد لايثبت بالقياس عندهم ، وهو ماذكرنا من المنع على العموم ، وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ، ولكن ثبت بالسكر منه بأحاديث منها ماقدمناه من حديث أبي هريرة « فإذا سكر فاجلدوه » الحديث . فلو ثبت به حل مالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس إلا ثبوت الحد بالسكر ، ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لأن حمله على الأعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر ، لأن في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها لأنه لايحد منها حتى يسكر . وإذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر به بالأصل حتى يثبت مايخرجه عنه . ومنها ما روى الدارقطني في سننه : أن أعرابيا شرب من إداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد ، فقال الأعرابي : إنما شربته من إداوتك ، فقال عمر : إنما جلدناك على السكر . وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعف وفيه جهالة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال : بلغني أن عمر بن الخطاب ساير رجلا

. . . .

(ولا حدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ

فى سفر وكان صائما . فلما أفطر أهوى إلى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد ، فقال : إنما شربته من قربتك . فقال له عمر : إنا جلدنا لسكرك . وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع . وأخرج الدارقطنى عن عمران بن داور ١ عن خالد بن دينار عن أبى إسحاق عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده » وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال . وروى الدارقطنى فى سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبى أن رجلا شرب من إداوة علىّ رضى الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد. ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبى عن على بنحوه ، وقال : فضربه ثمانين . وروى ابن أبى شيبة : حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبى عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال : فى السكر من النبيذ ثمانون . فهذه وإن ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه إلى الحسن ، مع أن الإجماع على الحد بالكثير فإن الخلاف إنما هو فى الحد بالقليل ، غير أن هذه الأدلة كما ترى لاتفصل بين نبيذ ونبيذ ، والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لأن السكر من المباح لايوجب الحد) فقد ذكروا أن مايتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبى حنيفة : يعنى إذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ، ولا يقع طلاقه إذا طلق وهو سكران منها كالنائم ، إلا أن المصنف فى كتاب الأشربة قال : وهل يحد فى المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لايحد . وقد ذكرنا الوجه من قبل ، قالوا : الأصح أنه يحد ، فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل ، وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك ، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا اهـ . وهو قول محمد ، فقد صرح بأن إطلاق قوله هنا لأن السكر من المباح لايوجب حدا غير المختار ، ورواية عبد العزيز عن أبى حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطلق امرأته هل يقع ؟ قالا : إن كان يعلمه حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال مايندرئ بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن إكراه) فوجود عينها فى القئ لايدل على الطواعية ، فلو وجب

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعنى إذا لم يشاهد منه الشرب (لأن الرائحة محتملة) فإن قيل : هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل . أجيب بأن الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه . وأقول : والجواب الثانى أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فإنه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ، ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار) على قولهما . ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ

(قوله فإن قيل الخ) أقول : السؤال مع الجواب فى النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول : وليس الاستقصاء مأمورا به فى الحدود ، وأما إذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء صونا للحجة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره فى باب الشهادة على الزنا ، وكذا الحال فى الإقرار ، وبه حصل الجواب عما أورده الإتقانى (قوله وأقول والجواب الثانى أحسن إلى قوله على مذهب محمد)

---

(١) (عمران بن داور) هكذا هو فى بعض النسخ داور بالألف قبل الواو المفتوحة ، ومثله فى خلاصة أسماء الرجال ، وما وقع فى بعض النسخ من تقديم الواو على الألف تحريف فليعلم كتبه مصححه .

وشربه طوعا) لأن السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ، وكذا شرب المكره لايوجب الحد (ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار

الحد وجب بلا موجب . وأورد عليه أنه قال من قريب ، والتميز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس . قال المورد : وتكلف بعضهم فى توجيهه ، يريد به صاحب النهاية بأن الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء . قال : ولقائل أن يقول إذا كان التميز يحصل بالاستدلال فإذا استدل على الوجه المذكور فى هذه الصورة يرتفع الاحتمال فى الرائحة فينبغى أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ، ونقل أيضا عنه أن التميز لمن يعاينه ، ونظر فيه بأن من عاين الشرب يبنى على يقين لاعلى استدلال وتخمين ، وصاحب الهداية أثبت التميز فى صورة الاستدلال لافى صورة العيان اه . فبقى الإشكال بحاله . ولا يخفى أن المراد معاينة الشرب والاستدلال لاينافيه لأن المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التميز يفيده الاستدلال لاينافى حالة العيان ، أى عيان الشرب ، ثم لاشك أن كون الشىء محتملا لاينافى أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما . فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه . بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله أنه قطع الاحتمال حيث ذكر أنه يمكن التميز بالاستدلال . ولاشك أن المنظور إليه والمقصود فى الموضعين ثبوت طريق الدرء . أما الموضع الثانى وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر ، وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لأن الرائحة محتملة وإن استدل عليها فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها . وأما فى الموضع الأول فلا شك أن فى إثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والإقرار درأ كثيرا واسعا ، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن للدرء إلا باعتبار إمكان تمييز رائحة الخمر من غيرها ، فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد فى الاستدلال وإن كان ملزوما لشبهة النفى ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء ، لأنه لو لم يعتبر التمييز مع مافيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولا بهما فى أزمنة كثيرة متأخرة بلارائحة فيقام بذلك مالا يحصى من الحدود . وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال ، فظهر أن كلا صحيح فى موضعه فدرء الحد فى مجرد الرائحة والقىء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة ، إذ لايمكن التمييز إلا مع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار) وهذا بإجماع الأئمة الأربعة . لأن غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الألم ، حتى حكى لى أن بعض المتصابين استدعوا إنسانا ليضحكوا عليه به أخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لايقلهما إلا بكلفة ومشقة ، فلما غاب على عقله ادعى القوة والإقدام ، فقال له بعض الحاضرين ممازحا ليس بصحيح وإلا فضع هذه الجمرة على ركبتك ، فأقدم ووضعها حتى أكلت ماهناك

وشربه طوعا لأن السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذى ذكره من إباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبى ، فإنه استدل على حرمة الأشربة المتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها ، وقال : السكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فمن المشروب أولى . كذا ذكره صاحب النهاية ، وليس بصحيح لأن رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبى تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لاعلى أن البنج حرام ، وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا

أقول : فيه رد على الإتقانى (قال المصنف : لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) أقول : سيجىء من المصنف فى كتاب الأشربة أن الأصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل (قوله وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح الخ) أقول : النبيذ أيضا مباح لما الفرق ، إلا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على إباحته وليس النبيذ كذلك .

(وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطا) لإجماع الصحابة رضى الله عنهم

من لحمه وهو لايلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين - الشك منى - فلما أفاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة إلى أن برأت . فعادت بذلك الكىّ البالغ فى غاية الصحة والنظافة من الأخلاط وصار يقول : ياليتها كانت فى الركبتين . ثم لم يستطع أصلا فى حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالأخرى ليستريح من ألمها ومنظرها . وإذا كان كذلك فلا يفيد الحدّ فائدته إلا حال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أى من غيرها (ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد . وفى رواية عن أحمد وهو قول الشافعى : أربعون إلا أن الإمام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الأصح . واستدل المصنف على تعين الثمانين بإجماع الصحابة . روى البخارى من حديث السائب بن يزيد قال : كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمرة أبى بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر ، فجلد أربعين ، حتى إذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين . وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال ، ثم جلد أبو بكر أربعين ، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال : ماترون فى جلد الخمر ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : أرى أن نجعله ثمانين كأخف الحدود ، قال : فجلد عمر ثمانين » . وفى الموطأ أن عمر استشار فى الخمر يشربها الرجل ، فقال له علىّ بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه : نرى أن تجلده ثمانين ، فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون . وعن مالك رواه الشافعى ولا مانع من كون كل من علىّ وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا . وأخرج الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس أن الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأيدى والنعال والعصىّ حتى توفى . فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفى إلى أن قال : فقال عمر ماذا ترون ؟ فقال علىّ رضى الله عنه : إذا شرب الخ . وروى مسلم عن أنس قال « أتى النبىّ صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الأربعين ، وفعله أبو بكر ، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن ابن عوف : أخفّ الحدود ثمانون فأمر به عمر » فيمكن بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى وإلا فهى ثمانون ، ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام فى ذلك الرجل . وقول الراوى بعد ذلك : فلما كان عمر استشار الخ لاينافى ذلك . فإن حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التى انتهى إليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . إلا أن قوله وفعله أبو بكر بعده ، وإلا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين ، وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذى جلد الثمانين ، بخلاف أبى بكر والله أعلم . وقد أخرج البخارى ومسلم عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فأجد منه فى نفسى إلا صاحب الخمر ، فإنه إن مات وديته لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه ، والمراد لم يسنّ فيه عددا معينا ، وإلا فمعلوم قطعا أنه أمر بضربه . فهذه الأحاديث تفيد أنه لم يكن مقدّرا فى زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ، ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين ، ثم اتفقوا على ثمانين ، وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية فى ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ماتقدم من قول السائب : حتى إذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر

تنافى بينهما (وحد الخمر و) حد (السكر) من غير الخمر (فى الحر ثمانون سوطا لإجماع الصحابة رضى الله عنهم ،

(يفرّق على بدنه كما فى حد الزنا على مامر) ثم يجرد فى المشهور من الرواية . وعن محمد أنه لايجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص . ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وإن كان عبدا فحدّه أربعون سوطا) لأن الرق منصف على ماعرف (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر ثم رجع

فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام فى أمثالهم . وأما ماروى من جلد علىّ أربعين بعد عمر فلم يصح . وذلك ما فى السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشى قال : شهدت عثمان بن عفان رضى الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان : إنه لم يتقيأها حتى شربها ، فقال لعلىّ : أقم عليه الحد ، فقال علىّ للحسن : أقم عليه الحد ، فقال : ولّ حارّها من تولى قارّها ، فقال : علىّ لعبد الله بن جعفر : أقم عليه الحد . فأخذ السوط وجلده وعلىّ يعدّ إلى أن بلغ أربعين ، قال : حسبك ، جلد النبى صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين . وكل سنة . وهذا أحبّ إلىّ (قوله يفرق الضرب على بدنه كما فى حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضى الله عنه للضارب أعط كل ذى عضو حقه : يعنى ما خلا الوجه والرأس والفرج . وعند أبى يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد فى المشهور من الرواية : وعن محمد أنه لايجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص . ووجه المشهور أنا أظهرنا) أى الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد وإلا قارب المقصود من الانزجار الفوات . وتقدم له مثله فى الطهارة حيث قال فى جواب تخفيفهما الروث والخثى للضرورة . قلنا الضرورة قد أثرت فى النعال مرة فتكفى مئونتها : أى فلا تخفف مرة أخرى . وله ضده فى الصلاة حيث قال فى تخفيف القراءة للمسافر ، ولأن السفر قد أثر فى إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر فى تخفيف القراءة أولى . وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما فى الطهارة أن لا ملازمة بين نفى التخفيف ثانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده ، والمعوّل عليه فى كل موضع الدليل وعدمه (قوله وإن كان عبدا فحدّه أربعون على ماعرف) من أن الرق مؤثر فى تنصيف النعمة والعقوبة ، فإذا قلنا إن حدّ الحر ثمانون قلنا إن حدّ العبد أربعون ، ومن قال حدّ الحر أربعون قال حدّ العبد عشرون (قوله ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب إذا اشتد (ثم رجع

يفرق على بدنه كما فى حد الزنا على ما مر) فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (فى المشهور من الرواية . وعن محمد أنه لايجرد عن ثيابه إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به) أى بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعنى من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما فى الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين . الأول أنه ليس لأحد من المجمعين التصرف فى المقدرات الشرعية . والثانى أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لأنه روى أنهم ضربوا فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالأكمام وبالأيدى وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين ، فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف . والجواب أن قوله إنا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين ، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى بجاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا إذ هو الفاعل المختار ، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه . ولما نجعله الصحابة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشىء وإنما أظهروا التخفيف الذى كان ثابتا بترك التنصيص ، وإليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ، ولله درّ لطائفه . وقوله (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب

(قوله نص قاطع) أقول : قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه » فإنه خبر الواحد (قوله والجواب أن قوله إنا أظهرنا إلى قوله : عن لسان المجمعين) أقول : الإجماع لاينسخ به فكيف يستقيم الإجماع على خلاف مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدروا بشىء) أقول : أى من عند أنفسهم (قال المصنف : ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول : والسكر

لم يحدّ) لأنه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالإقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة . وسنبينها هناك إن شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذى يحد هو الذى لايعقل منطقا لاقليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : هو الذى يهذى ويختلط كلامه) لأنه هو السكران في العرف ، وإليه مال أكثر المشايخ .

لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ، ولا يصح ضم سينه لأن إقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر إقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين) وقوله (سنبينها هناك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافا (لأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالإجماع لأنهما لو شهدتا مع رجل مع إمكان رجلين صح إجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى - أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - في الكشاف أن تضل : أي لاتهتدى للشهادة ، وفي التيسير : الضلال هنا النسيان . وقوله - فتذكر إحداهما الأخرى - أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذى يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذى لايعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ، ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية : ولا الأرض من السماء (وقالا : هو الذى يهذى ويخلط) وبه قال الأئمة الثلاثة . ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف ، والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا ، فإن كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في إقراره بالحدود وغير ذلك ، لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جدّه بهزله فلا يستقرّ على شيء (وإليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان

إذا اشتد ، وقيل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف وزفر : يثبت بإقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الإقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى) قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير إلى ذلك كله قوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - إلى قوله - أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - وإنما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية . لأن استشهاد النساء في الموضع الذى جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال ، بخلاف سائر الأبدال ، ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم . والسكران الذى يحد هو الذى لايعقل منطقا لاقليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف . قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : هو الذى يهذى ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان ، فإن كان نصفه مستقيما فليس بسكران (لأنه السكران في العرف وإليه) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال : سألت

بفتحتين نقيع التمر إذا غلا ولم يطبخ ، كذا فسره الناطفي في الأجناس . وقال في الجمهرة : والسكر كل شراب أسكر . وفي ديوان الأدب : السكر خمر النبيذ . وقال في المجمل : السكر شراب . وقال في المغرب : السكر عصير العنب إذا اشتد ، والمراد هنا ما قال الناطفي ، كذا في نهاية البيان . وقال : إنما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الأشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لأنه الغالب في بلادهم (قال المصنف وقالا هو الذى يهذى ، إلى قوله : لأنه هو السكران في العرف) أقول : قوله لأنه الخ تعليل لقوله هوالذى الخ.

وله أنه يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها درءا للحد . ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شىء وشىء . وما دون ذلك لايعرّى عن شبهة الصحو . والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط

يهذى يسمى سكران وتأيد بقول علىّ : إذا سكر هذى (ولأبى حنيفة أنه يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها درءا) بدليل الإلزام فى شهادة الزنا أن يقول كالميل فى المكحلة وفى السرقة بالأخذ من الحرز التام لأن فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد . وأما فى ثبوت الحرمة فما قالا فاحتاط فى أمر الحد وفى الحرمة ، وإنما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر ، والحد إنما أنيط فى الدليل الذى أثبت حد السكر بكل مايسمى سكرا لابالمرتبة الأخيرة منه ، على أن الحالة التى ذكر قلما يصل إليها سكران فيؤدى إلى عدم الحد بالسكر . وروى بشر عن أبى يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة - قل يا أيها الكافرون - ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أوكان حفظها فيما حفظ منه لامن لم يدر شيئا أصلا . قال بشر : فقلت لأبى يوسف : كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحى ؟ قال : لأن الله بين أن الذى عجز عن قراءتها سكران : يعنى به ما فى الترمذى عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه : صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا ، وحضرت الصلاة فقدمونى فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ماتعبدون ، قال : فأنزل الله تعالى - ياأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون - ولا ينبغى أن يعوّل على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قيل له اقرأ - قل يا أيها الكافرون - يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدّلها إلى الكفر ،ولاينبغى أن يلزم أحد بطريق ذكرماهو كفر وإن لم يؤاخذ به . نعم لو تعين طريقا لإقامة حكم الله تعالى ، لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لاتتوقف عليه بل له طريق معلوم هى ما ذكرنا ، وقوله تعالى - لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى - لمن لم يحسنها لايوجب قصر المعرّف عليه . وقوله (وما دون ذلك لايعرى عن شبهة الصحو) ممنوع ، بل إذا حكم العرف واللغة

أبا يوسف عن السكران الذى يجب عليه الحد قال : أن يستقرأ - قل يا أيها الكافرون - ولا يقدر عليه ، فقلت له : كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحى ؟ قال : لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها . وحكى أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولأبى حنيفة أن الحدود يؤخذ فى أسبابها بأقصاها درءا للحد ، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شىء وشىء ، وما دون ذلك لايعرّى عن شبهة الصحو) يعنى أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلايكون ذلك نهاية فى السكر وفى النقصان شبهة العدم ، والحدود تندرئ بالشبهات ، ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لأن اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط ، وهذا معنى قوله (والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط) لأنه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه ، فلما امتنع عنه وهو الأدنى فى حد السكر كان ممتنعا

(قوله أن يستقرأ) أقول : أى ذو أن يستقرأ (قوله قال لأن تحريم الخمر نزل الخ) أقول : الآية التى نزلت فيه هى قوله تعالى - لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى - وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل فى كتب التفسير ، والأظهر أن يقال : لأنه تعالى جعل الذى عجز عن قراءة هذه السورة سكران .

والشافعي يعتبر ظهور أثره فى مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لأعتباره (ولا يحدّ السكران بإقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب فى إقراره

بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة صحو ، وما معه من ذلك القدر من التميز لم يجعل شبهة فى أنه سكران ؛ وإذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة فى سكره فى نفى الحد لا ثبوت شبهة صحوه. وعرف مما ذكر أن من استدل لأبى حنيفة رضى الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لايعقل منطقا الخ غريق فى الخطإ لأنها فى علىّ وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهى تفيد ضد قوله . وأما قوله تعالى - حتّى تعلموا - الآية فإنما أطاق لهم الصلاة حتّى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون ، وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا ، بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذى كانوا فيه سمى سكران ، وكون المقدر الذى هو سبب للحد ماهو لاتعرض له بوجه . وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره فى مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الإجماع فى قوله والمعتبر فى القدح المسكر ما قالاه بالإجماع الإجماع المذهبى وإلا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما . واعترضه شارح بأنه قلد فيه فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد فى شرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل ؛ ولا يعتبر السكر أصلا . ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي فى تحديد السكر ماهو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر ، بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي ومفصلا عن الإمام : أى هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه ، وباعتبار مجرد الحرمة هو ماذكرتم . وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر ، وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتّى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ، ثم أبطله بأن هذا يتفاوت : أى لاينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق فى مشيته وسكران ثابت وما لاينضبط لايضبط به ، ولأن الذى وقع فى كلام علىّ رضى الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالأقوال لا بالمشى حيث قال إذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أى بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة ، إلا أنه يضمن المسروق ، وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا فى حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع ، وإنما لايعتبر إقراره فى حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه . ومن المعلوم أن السكران لايثبت على شىء ، وذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التى يقولها ، فهو محكوم بأنه لايثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه . هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على

عن الأعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة . وقوله (وهذا) أى ظهور الأثر فى مشيته (مما يختلف) فإن السكران ربما يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يزلق أو يعثر فى مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا . وقوله (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) يعنى فى الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة ، لأن الإقرار خبر

(قال المصنف : ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أقول : قال صاحب النهاية : أى فى الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ، ولكن يضمن المسروق ، كذا فى جامع العتابى . وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام التمرتاشى ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ، ولكن يضمن المسروق ، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لأنه لافائدة فى التأخير لأنه لايملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فالأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اهـ . ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لافائدة فى التأخير الخ محل بحث . وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتّى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتّى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط اهـ . وفى معراج الدراية : قيد بالإقرار لأنه لو زنى وسرق فى حالة السكر يحد بعد الصحو ، بخلاف الإقرار كذا فى الذخيرة اهـ .

فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى. بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته ، ولو ارتد السكران لاتبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر . والله أعلم .

نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه . بخلاف مالا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لايقبل . هذا والذى ينبغى أن يعتبر فى السكر الذى لايصح معه الإقرار بالحدود على قول أبى حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه فى التحريم لأنه أدرأ للحدود منه لو إعتبر قوله فيه فى إيجاب الحد ، وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد (والسكران كالصاحى) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لأنه أدخل الآفة على نفسه ، فإذا أقرّ بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر ، وينبغى أن يكون معناه أنه أقرّ بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأنبذة المحرّمة أو مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الأشربة المباحة ، وإلا فبمجرد سكره لايحد بإقراره بالسكر ، وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لأنها لاتقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لاتبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف . وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول . ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك ، وهذا يقتضى أن السكران الذى لاتبين امرأته هو الذى لايعقل منطقا كقول أبى حنيفة فى حده ، والظاهر أنه كقولهما ، ولذا لم ينقل خلاف فى أنه لايحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهما لم يفسرا السكران بغير ماتقدم عنهما . فوجهه أن أبا حنيفة إنما اعتبر عدم الإدراك فى السكران احتياطا لدرء الحد . ولا شك أنه يجب أن يحتاط فى عدم تكفير المسلم حتى قالوا : إذا كان فى المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتى أن يميل إليه ويبنى عليه ، فلو اعتبر فى اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لأنه يكفر فى جميع ماقبل تلك الحالة هذا فى حق الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان فى الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر وإلا فلا . فإن قيل : هذا الاعتبار مخالف للشرع فإن الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه فى حال سكره وذلك لأن قوله تعالى ـ لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى ـ يتضمن خطاب السكارى ، لأنه فى حال سكره مخاطب بأن لايقربها كذلك وإلا لجاز له قربانها ، وإن لم يعلم مايقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحى أن لايقربها إذا سكر ، فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شىء ما أو لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ، ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا

يحتمل الكذب ، فإذا صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى ، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد ، والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه) بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنهم قالوا إذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، وحدّ المفترين ثمانون . فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف . فإذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره (ولو ارتدّ السكران لاتبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الإعتاق فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها . فأمهم فى صلاة المغرب عبدالرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاءات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارئ . فعلم أن السكران لايكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر ، والله أعلم .

(باب حد القذف)

(وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا ،

درك ليس إلا عقوبة ، إذ تلزمه الأحكام ولا علم له بما يصدر منه ؛ فاعتبار دركه زائلا فى حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد . والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع فى حقه . قلنا : ثبت من الشرع مايقتضى أنه بعد ما عاقبه بلزوم الأحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه فى أصل الدين رحمة عليه فى ذلك خاصة ، وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فإنه لم يحكم بكفر القارئ مع إسقاط لفظة «لا» من ـ قل يا أيها الكافرون ـ ولا شك أن ذلك السكر الذى كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ؛ ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا إلى الأداء ، فعلمنا أن الشارع رحمه فى أصل الدين وعاقبه فى فروعه ولهذا صححنا إسلامه ، ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وإن لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران إسلامه ، ومما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كلمة ردة ، ولم يصل إلى أقصى السكر إن كان عن غير قصد إليها كما قرأ على ـ قل يا أيها الكافرون ـ فغير فليس بكافر عند الله ولا فى الحكم ، وإن كان ملتركا لها قاصدا مستحضرا معناها فإنه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل ، وإن لم يحكم بكفره فى القضاء لأن القاضى لايدرى من حاله إلا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره . والله سبحانه أعلم .

(باب حد القذف)

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ماقبله وما بعده . والقذف لغة الرمى بالشىء . وفى الشرع : رمى بالزنا ، وهو من الكبائر بإجماع الأمة ، قال الله تعالى ـ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ـ وقال عليه الصلاة والسلام « اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل : وما هن يارسول الله ؟ قال الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » متفق عليه . وعنه عليه الصلاة والسلام « من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء » وذكر منها قذف المحصنات ، وتعلق الحد به بالإجماع مستندين إلى قوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ـ (والمراد الرمى بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصى غير لايجب الحد بل التعزير (وفى النص إشارة إليه) أى إلى أن المراد الرمى بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ، ولا شىء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ، ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال دفع عار مانسب إليه بالتأثير بحيث لايتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بأن قال زنيت أو يازانى

(باب حد القذف)

القذف فى اللغة الرمى ، وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحا أو دلالة (إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود ، أو أقر به

(باب حد القذف)

وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا) لقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ إلى أن قال ـ فاجلدوهم ثمانين جلدة ـ الآية . والمراد الرمى بالزنا بالإجماع . وفى النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا . ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا .

(وطالب المقذوف بالحد حدّه الحاكم ثمانين سوطا إن كان) القاذف (حرا) وإن كان عبدا حد أربعين سوطا . شرط الإحصان فى المقذوف وهو أن يكون حرًا عاقلا بالغا مسلما عفيفا . وعن داود عدم اشتراط الحرية ، وأنه يحد قاذف العبد . وعن أحمد لايشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبيا وهى خلاف المصحح عنه . وعن سعيد بن المسيب وابن أبى ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم ، والمعول عليه قول الجمهور وسيأتى الوجه عليه . وقوله (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يازانى ، بخلاف مالو قال هو كما قلت فإنه يحد . ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لاحد على الثانى لأن كلامه محتمل . ولو قال وأنا أشهد بمثل ماشهدت به حدّ . ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله (زنيت ثم قال بعد ماقطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا ، وكذا إذا قال لست أمى بزانية أو أبى فإنه لايحدّ . وبه قال الشافعى وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح . وقال مالك : وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهرى عن سالم عن عبد الله ابن عمر قال : كان عمر يضرب الحد فى التعريض . وعن علىّ أنه جلد رجلا بالتعريض ، ولأنه إذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح . قلنا لم يعتبر الشارع مثله . فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها فى العدة وأباح التعريض فقال ـ ولكن لاتواعدوهن سرا ـ وقال ـ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ـ فإذا ثبت من الشرع نفى اتحاد حكمهما فى غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط فى درئه . وأما

المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن إثبات ما قذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ إلى أن قال ـ فاجلدوهم ثمانين جلدة ـ الآية ، والمراد) بقوله ـ والذين يرمون ـ (الرمى بالزنا بالإجماع) وإليه الإشارة فى النص لأنه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا . واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك ، وبأن القياس أن لاتجب المطالبة لأن حق الله فيه غالب ، والمغلوب فى مقابلته كالمستهلك . ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة ، فإن ابنه إذا طالبه حد . والجواب أنه إذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لامحالة فتلك قضية صادقة ، وأما إذا قذفه بنفى النسب لايجب فليس بلازم لأن التقييد به لإخراج ماكان منه بطريق الكناية مثل أن يقول : يازانى فقال آخر صدقت لا لإخراج ماذكرتم ، وحق العبد وإن كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطا للدرء ، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ، ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

(قوله واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مقيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك الخ) أقول : وفى النهاية بعد ماقال فإن قلت فى هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة فى الشرح . والرابع أنه قد يتحقق قذف الرجل المحصن والمرأة المحصنة ، ولايجب حد القذف كما إذا قذف الأخرس المحصن أو المجبوب المحصن والرتقاء المحصنة ، والرواية فى المبسوط ، فعلى هذا لايكون فى إطلاقه فائدة . وقال فى جوابه : وأما الرابع فإنما لايحد قاذف الأخرس ، لأنه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة ، وأما المجبوب والرتقاء فلأنه لايلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لأن الزنا منهما لا يتحقق اهـ . فخلاصة الجواب عن الكل أنه لم يجب الحد على ماذكرتم لمانع ، وقيد عدم المانع غير لازم فى الأحكام الكلية كما سيجىء فى أوائل الوكالة . ثم أقول : فيه تأمل . ثم لايخفى أن الأظهر فى الأخرس أن يقال : إن فيه شبهة البدلية ، فإن إشارته قائمة مقام العبارة ، والحدود تندرئ بالشبهات . إلى هذا أشير فى الكافى فى أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول : فإنها تقابل الصريح .

قال (ويفرّق على أعضائه) لما مر فى حد الزنا (ولا يجرّد من ثيابه) لأن سببه غير مقطوع فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع

الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذى قال يارسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود يعرّض بنفيه فغير لازم . لأن إلزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع . وقد أورد أن الحدّ يثبت بنفى النسب وليس صريحا فى القذف ، ووروده باعتبار المفهوم وهو حجة فى الروايات . وأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة . والحق أن لا دلالة اقتضاء فى ذلك لما سيذكر بل حده بالأثر والإجماع فهو وارد لايندفع . ولا فرق فى ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربى أو النبطى أو الفارسى أو غير ذلك ، فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره الخ . بخلاف مالو قال لها زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لاتصلح المذكورات للإدخال فى فرجها . ولو قال هذا لرجل لايحد لأنه ليس العرف فى جانبه أخذ المال . ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لايحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة ، ، إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد ، وكذا لايحد فى قوله ياحرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ، ولا بقوله أشهدنى رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره ، ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة ، لأن أفعل فى مثله يستعمل للترجيح فى العلم فكأنه قال أنت أعلم به . وسيأتى خلافه فى فروع نذكرها . وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حيا ، فإن كان ميتا فمطالبة من يقع القدح فى نسبه ثم أن نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر ، وأورد ينبغى أن لاتشترط المطالبة لأن المغلب فيه حق الله تعالى . فالجواب أن حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وإن كان مغلوبا . نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فإنه لايحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا ، وكذا الأخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق . وفى الأولين كذبه ثابت بيقين فانتفى إلحاق الشين إلا بنفسه . ولو قال لرجل يازانية لايحد استحسانا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد والشافعى يحد لأنه قذفه على المبالغة ، فإن التاء تزاد له كما فى علامة ونسابة . ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا ، وكذا لو قال أنت محل للزنا لايحد ، وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيث ، ولو كان حقيقة فالحد لايجب بالشك ، ولو قال لامرأة يازانى حد عندهم لأن الترخيم شائع . (ويفرّق) الضرب (على أعضائه لما مرّ فى حد الزنا) (قوله ولا يجرّد من ثيابه) إلا فى قول مالك (لأن سببه) وهو النسبة إلى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير أنه عاجز عن البيان ، بخلاف حد الزنا لأن سببه معاين للشهود أو للمقر به ، والمعلوم لهما هنا نفس القذف ، وإيجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم إقامة البينة ، قال تعالى ـ فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ـ فالحاصل أنه تعالى منع من النسبة إلى الزنا إلا عند القدرة على الإثبات بالشهداء لأن فائدة النسبة هناك تحصل ، أما عند العجز فإنما هو تشنيع ولقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع

(وقوله ويفرق) يعنى الضرب (على أعضاء القاذف على مامر فى حد الزنا) وهو قوله لأن الجمع فى عضو واحد يفضى إلى التلف (ولا يجرّد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به) لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فى نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزا عن إقامة البينة لأنها على الوصف المشروط فيه لاتكاد تحصل (فلا يقام على الشدّة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لأن سببه معاين بالبينة أو الإقرار ، وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه فى النسبة إلى الزنا وهو غير متيقن به . وقوله (غير أنه ينزع

عنه الفرو والحشو) لأن ذلك يمنع إيصال الألم به (وإن كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا لمكان الرق . والإحصان أن يكون المقذوف حرًا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى ـ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ـ أى الحرائر ؛ والعقل والبلوغ لأن العار لايلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » والعفة لأن غير العفيف لايلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه

عنه الفرو والحشو) أى الثوب المحشو لأنه يمنع من وصول الألم إليه ، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشوّ لاينزع ، والظاهر أنه إن كان فوق قميص ينزع لأنه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع إيصال الألم الذى يصلح زاجرا (قوله والإحصان أن يكون المقذوف حرا الخ) قدمنا ذلك ، والكلام هنا فى إثبات ذلك . ويثبت الإحصان بإقرار القاذف أوشهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت ، فإن أنكر القاذف الإحصان وعجز المقذوف عن البينة لايحلف مايعلم أنها محصنة ، وكذا إذا أنكر الحرية ليحد حد الأرقاء القول قوله ، ولا يحد كالأحرار إلا أن يقيم المقذوف بينة أنه حرّ ، ولو كان القاضى يعلم حريته حدّه ثمانين ، وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان ، قال تعالى ـ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ـ أى الحرائر) فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى ، وكونه محصنا بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه ؛ وذلك شبهة فى إحصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التى أطلق عليها لفظ الإحصان إلا ما أجمع على عدم اعتباره فى تحقق الإحصان وهو كونها زوجة أو كون المقذوف زوجا ، فإنه جاء بمعناه وهو قوله تعالى ـ والمحصنات من النساء ـ أى المتزوّجات ، ولا يعتبر فى إحصان القذف بل فى إحصان الرجم ، ولا شك أن الإحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا ، وبمعنى الإسلام فى قوله تعالى ـ فإذا أحصن ـ قال ابن مسعود أسلمن ، وهذا يكفى فى إثبات اعتبار الإسلام فى الإحصان ، والمصنف ذكر فيه ماتقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا ، قال تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ والمراد بهن العفائف ، وأما العقل والبلوغ ففيه إجماع ، إلا ما عن أحمد أن الصبى الذى يجامع مثله محصن فيحدّ قاذفه ،

عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد . وقوله (لأن ذلك) يعنى الفرو والحشو كما فى قوله تعالى ـ عوان بين ذلك ـ وقوله (وإن كان القاذف عبدا) ظاهر . وقوله (والإحصان) بيان شرطه . وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذى زنى فى حال جنونه ولا يحد وإن قذفه بعد الإفاقة . وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذى يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما ، وأما الوطء الذى هو غير مملوك فقد تحقق منهما ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقا فى قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جاريته المشتركة بينه وبين غيره . وقوله (والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن ») تقريره أن الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ، والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » فلا يجب عليه حد القذف

(قوله يعنى الفرو والحشو كما فى قوله تعالى الخ) أقول : قد سبق نظيره فى باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون الذى زنى حال جنونه الخ) أقول : الظاهر أن يقال ومن قذف المجنون الذى زنى حال جنونه الخ وهكذا فى النهاية ، ويجوز أن يكون من قبيل ـ كمثل الحمار يحمل أسفارا ـ

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد) وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة، لأنه فى الحقيقة قذف لأمه لأن النسب إنما ينفى عن الزانى لاعن غيره.

والأصح عنه كقول الناس وقول مالك فى الصبية التى يجامع مثلها يحدّ قاذفها خصوصا إذا كانت مراهقة، فإن الحد بعلة إلحاق العار ومثلها يلحقه. والعامة يمنعون كون الصبى والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما إلى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبىّ أو مجنون يا زانى. إما لعدم صحة قصده، وإما لعدم خطابهما بالحرمات. ولو فرض لحوق عار لمراهق فليس إلحاقا على الكمال فيندرئ. وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لأنه مؤوّل بأن المراد بالزنا المؤثم وإلا فهو يتحقق منهما إذ يتحقق منهما الوطء فى غير الملك، لكن القذف إنما يوجب الحد إذا كان بزنا يؤثم صاحبه، وبه يندفع الإيراد القائل إذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغى أن يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد وإن كان قذفه حين إفاقته. وأما اشتراط العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته إلى الزنا لأن تحصيل الحاصل محال، ولو لحقه عار آخر فهو صدق، وحد القذف للفرية لا للصدق. وفى شرح الطحاوى فى العفة قال: لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره، فإن كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه، وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته، ولو وطئها فى الملك إلا أنه محرّم فإنه ينظر إن كانت الحرمة موقتة لا تسقط عدالته كما إذا وطئ امرأته فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط إحصانه، وإن كانت مؤبدة سقط إحصانه كما إذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع. ولو مسّ امرأة بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوّج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقطّ إحصانه عند أبى حنيفة، وعندهما يسقط. ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوّج بنتها ودخل بها سقط إحصانه انتهى لفظه. وإنما لم يسقط إحصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لأن كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرّة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى، وعلله فى الهداية بأنه فى الحقيقة قذف لأمه، فكأنه قال أمه زانية، لأنه إذا كان لغير أبيه ولا نكاح الملك الغير كان عن زناها معه. قيل فعلى هذا كان الأولى أن يقال: إذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الإحصان. وأورد

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك يحدّ إن كانت أمه حرّة مسلمة لأنه فى الحقيقة قذف أمه) لأنه نفى النسب (والنسب إنما ينفى عن الزانى لاعن غيره) وتقريره أن فرض المسئلة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الأم ثابت بيقين ونفاه عن الأب المعروف فكان دليلا على أنه زنى بأمه وفى ذلك قذف لأمه لامحالة. قيل يشترط أن يكون فى حالة الغضب فى هذه المسئلة كالتى بعدها. وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وإن كان قذفه فى حالة الغضب لجواز أن ينفى النسب عن أبيه من غير أن تكون الأم زانية من كل وجه بأن تكون موطوءة بشبهة وولدت فى عدة الواطئ. وأجيب بأن ماذكرته وجه القياس فى هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالأثر قال فى المبسوط: وإنما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال: لا حد إلا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه.

(قال المصنف: ومن نفى نسب غيره وقال: لست لأبيك) أقول: أى لست لأصلك اللى خلقت من مائه، وإنما ينقطع نسبه عن صاحب الماء إذا حصل بالزنا، حتى لو قال لست لأبيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجىء أيضا (قال المصنف: وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول: الأولى أن يقول محصنة ليعم (قوله وقيل يجب، إلى قوله: ولدت فى عدة الواطئ) أقول: وأجاب فى الكافى بأنه إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية، فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه: لا حد إلا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه اه. وقوله كان الولد ثابت النسب من

(ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحد . ولو قال فى غير غضب لايحد) لأن عند الغضب يراد به حقيقته سبا له ، وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لأنه صادق فى كلامه ، ولو نسبه إلى جده لايحد أيضا لأنه قد ينسب إليه مجازا

عليه أنه يجوز أن لايكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد . الجواب أن المراد أنك لست لأبيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه ، وهذا ملزوم بأن الأم زنت مع صاحب الماء الذى ولد منه ، وهذا معنى قول المصنف لأن النسب إنما ينفى عن الزانى لا عن غيره . وحاصله أن نفى نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لأن النسب إنما ينفى عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا . ولايخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكرهة أونائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لأمه فالوجه إثباته بالإجماع ، وهذا بناء على الحكم بعدم إرادة الأب الذى يدعى إليه وينسب بخصوصه ، ولا شك فى هذا وإلا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور ، وجوابه ماسيجىء . وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما إذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التى تليها ، فإذن يختلف المراد بلفظ الأب على هذا التقدير ، فإنه إذا كان فى غير حالة الغضب فإنما يراد بالأب الأب المشهور ، فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الأخلاق (قوله ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى إليه يحد ، ولو قال فى غير غضب لايحد لأن عند الغضب يراد به حقيقته) أى حقيقة نفيه عن أبيه لأنه حالة سبّ وشتم : وفى غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به فى محاسن أخلاقه . ولا يخفى أن فى حالة الغضب ليس نسبة أمه إلى الزنا أمرا لازما لجواز نفيه عنه . والقصد إلى إثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبلها ، فثبوت الحد به بمعونة قرائن الأحوال ، وهذا لايثبت القذف بصريح الزنا . وكذا ذكر فى المبسوط أن فى الأول الحد استحسانا بأثر ابن مسعود ، وهوماذكره الحاكم فى الكافى من قول محمد : بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال : لاحد إلا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه . ثم حملوا الأثر على النفى حالة الغضب ، وحكموا بأنه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص فى شىء إذ ليس قذفا ، وإنما يكون تخصيصا لو كان قذفا أخرج من حكم القذف . ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لايحد مطلقا لأن حده فى قوله لست ابن فلان فى حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار أنه قذف أمه ، وإذانفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها إياه فقد نفى زناها به فكيف يحد . هذا ، وأما إذا قال ياولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة ، بخلاف ما لو قال ياابن القحبة فإنه يعزر ، ولو قال لامرأته ياحليلة فلان لايحد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لايحد لأنه صادق فى كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان : يعنى جده هو صادق لأنه قد ينسب إلى الجد مجازا متعارفا ،

وقوله (ومن قال لغيره فى غضب الخ) ظاهر ، وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله فى حالة الغضب أو غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهى أمه التى تدعى له حيث لايكون قذفا مع أن القذف يراد بهذا اللفظ . وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفى عنها ، وإنما ينتفى عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفى الولادة نفى الوطء ونفى الوطء نفى الزنا ، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك لأنه نفى عن الوالد ، وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد

إنسان : أى إذا كانت تحت زوج فنسبه منه ، وإن لم يكن لمن الواطئ ، فكان ثابتا من إنسان ضرورة هو أبوه . قوله وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية : يعنى وهو قد نفى نسبه عن الأب فدل ذلك على أنه لم يرد بقلمه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا . ثم أقول : لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج إلى الجواب .

(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لأنه قذف محصنة بعد موتها (ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى . وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث عنده على

وفى بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده ، وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلا منهما أطلق عليه اسم الأب كما سيأتى . واعلم أن قوله لست ابن فلان لأبيه المعروف له معنى مجازى هو نفى المشابهة ومعنى حقيقى هو نفى كونه من مائه مع زنا الأم به أو عدم زناها بل بشبهة ، فهى ثلاثة معان : يمكن إرادة كل منها على الخصوص ، وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه ، فمعه يراد نفى كونه من مائه مع زنا الأم به ، ومع عدمه يراد المجازى . وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازى هو نفى مشابهته لجده ، ومعنيان حقيقيان أحدهما نفى كونه مخلوقا من مائه والآخر نفى كونه أبا أعلى له . وهذا يصدق بصورتين : نفى كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به ، أو جاءت به بشبهة . وكل هذه المعانى يصح إرادة كل منها ، وقد حكم بتعيين الغضب : أحدها بعينه فى الأول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الأم به ، إذ لا معنى لأن يخبره فى السباب بأن أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة ، فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب فى المعنى الثانى الذى هو نفى نسب أبيه عنه وقذف جدته به ، فإنه لا معنى لإخباره فى حالة الغضب بأن لم تخلق من ماء جدك . وهو مع سماجته أبعد فى الإرادة من أن يراد نفى أبوته لأبيه ، لأن هذا كقولنا السماء فوق الأرض ، ولا مخلص إلا أن يكون فيها إجماع على نفى الحد بلا تفصيل ، كما أن فى تلك إجماعا على ثبوته بالتفصيل . ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ماقلنا ، فإنما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود ، وهذه الصور ستأتى فى الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده) فإذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح فى نسبه بقذفه) وهو الوالد وإن علا والولد وإن سفل ، لأن العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة ، لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الأصل فى ذلك فهو الأصل فى الخصومة ، لأن العار يلحقه

الزنا . قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما إذا قذفها ثم ماتت فإن الحد يسقط (ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعنى الأب والجد وإن علا ، والولد وولد الولد وإن سفل ، نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبى الليث ، ثم قال : كذا وجدت بخط شيخى ، ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لأن العار يلتحق به) أى بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) ورد بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها إذا كان المقذوف حيا غائبا فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك . وأجيب بأن الأصل فى الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه ، وإنما يقوم الشىء مقام غيره إذا وقع اليأس من الأصل ، وإنما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته . وقوله (وعند الشافعى)

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول : أراد الإتقانى (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول : هو الفقيه أبى الليث (قال المصنف : فيكون القذف متناولا له معنى) أقول : قال الزيلعى : لأن العار نوع ضرر والضرر الراجع إلى الأصول والفروع كالراجع إلى نفسه ، وكذا النفع الراجع إليهم كالنفع الراجع إلى نفسه ؛ ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة إليهم ومنع الوكيل من البيع وغير ذلك من الأحكام اهـ . بخلاف الأخ والعم وغيرهما (قوله فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبى ليلى .

مانيين ، وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث بل لما ذكرناه . ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد . ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه إلا عند اليأس عن مطالبته وذلك بأن يكون ميتا . فلذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبي ليلى لأنه يجوز أن يصدقه الغائب . وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للأب وإن علا ذكره الفقيه أبو الليث . وفي فتاوى قاضيخان : رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده ، وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ، ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الأب ولا أم الأم ولا عمة ولا مولاه . وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على أنه يورث عنده ، ففي فتاوى القاضي قال محمد : لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اهـ . وهذه رواية غريبة عن محمد . ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه : أحدها أن يرثه جميع الورثة . والثاني غير الوارث بالزوجية . والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الإرث بل لما ذكرنا) من لحوق العار ، ولذا لا يثبت للأخ عندنا حق المطالبة به لأن قرابة الولاد بمنزلة نفس الإنسان ، فاللاحق من العار للإنسان كاللاحق لنفس ولده ووالده ، بخلاف الأخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ، ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الأخ لأخيه ، فليس لأخي المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف . ولم تجز شهادة الولد والوالد لأنهما في حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الإرث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف ، وكذا إذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لزفر رحمه الله (ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد) ويثبت للأبعد مع وجود الأقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق المطالبة (مع وجود الولد خلافا لزفر) ولو عفا بعضهم كان لغيره أن يطالب به لأنه للدفع عن نفسه . وقوله (خلافا لمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ، ووجهها أن نسبه إلى أبيه وهو أجنبي عن جدته لأمه بدليل أنه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية . وجه الظاهر عنهم أولا يمنع عدم الدخول بل يدخل

ظاهر . وقوله (لما ذكرناه) يعني قوله لأن العار يلتحق به . وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعني بالاتفاق (خلافا لمحمد) فإنه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لأنه منسوب . إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه . وفي ظاهر الرواية : النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين (ويثبت لولد الولد حال قيام الولد) وقال زفر رحمه الله : ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد ، فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف ، واعتبر هذا بطلب الكفاءة فإنه لا خصومة فيه مع بقاء الأقرب . ولكنا نقول : حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه ، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الوالد ، فأيهما خاصم يقام الحد لخصومته ، بخلاف المقذوف فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا ، وذلك لا يوجد في حق ولده ، وبخلاف الكفاءة فإن طلبها إنما يثبت للأقرب بقوله صلى الله عليه وسلم «الإنكاح إلى العصبات » وفي الحكم المرتب على العصوبة يقدم الأقرب على الأبعد .

(قال المصنف : ويثبت لولد البنت) أقول : قال الإتقاني : وإن لم يكن وارثا لأنه من ذوي الأرحام اهـ . وفيه بحث لأنه وارث عندنا . ففي التفريع تأمل ، ودفعه غير خفي لأن المراد بالإرث هو الإرث بطريق الفرضية والعصوبة إذ هما من أسباب الإرث عند الشافعي .

(وإذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر. هويقول: القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه ؛ وليس طريقه الإرث عندنا فصاركما إذاكان متناولا له صورة ومعنى. ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد ؛ وهذا لأن الإحصان فى الذى ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا

كقول الخصاف وقد اختاره جماعة فى الوقف ، وثانيا بتقدير التسليم أن المبنى مختلف لأن مبنى ثبوت الخصومة فى حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب إلى الإنسان إلى الآخر ، وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لأنه وقف على من يسمى به ، فإذا لم يتبادر لايشمله الوقف وصار كالوصية لأولاد أولاد فلان لايدخل أولاد بناته لهذا . وجه قول زفر إن مايلحق الولد فوق مايلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة فى الكفاءة فإنه لاخصومة للأبعد مع وجود الأقرب . والجواب منع أن مايلحق الأقرب فوق مايلحق الأبعد بل اكل من ينسب إلى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل مالحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية . بخلاف المقذوف مع ولده لأنه لحقه العار مقصودا بالإلحاق به دون ولده وولد ولده . وأما حق خصومة الكفاءة فإنما يثبت للأقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الإنكاح إلى العصبات » فعلم ترتبهم فى ذلك لأن الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك . فإن قلت : قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جدّه وجدته إنما خالف زفر فى ذلك عند وجود الأقرب فما وجه مافى قاضيخان فإذا قال جدّك زان لا حدّ عليه. قلنا : ذلك للإبهام لأن فى أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما ، بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لأنه قاذف لجدّه الأدنى ، فإن كان أوكانت محصنة حد (قوله وإذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه للإرث : يعنى إذا كان المقذوف ميتا بأن وقع بعد موت المقذوف لأنه لايورث ولا يطالب به الابن فى حال حياة المقذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار إليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لأجل أمه إذ ليس طريقه الإرث عندنا ، وإذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بأن يكون هوالمقصود بالقذف ، ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم إحصانه ، فكذا إذاكان مقذوفا معنى فقط (ولنا أنه)أى القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد ، وهذا لأن الإحصان فى) المقذوف قصدا وهو (الذى ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لأنه لايقع تعييرا كاملا إلا إذا كان محصنا (ثم يرجع هذا

(وإذا كان المقذوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد ، خلافا لزفر . هو يقول : القذف تناوله معنى لرجوع العار إليه ، وليس طريقه الإرث عندنا) لأن حد القذف لايورث (فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى) فى رجوع العار إليه، ولو كان متناولا له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله معنى. قيل قوله وليس طريقه الإرث غير مفيد له فى هذا المقام ، لأنه لوكان طريقه الإرث أيضا لم يكن له أن يخاصم ،لأن المانع عن الإرث موجود وهو الكفر أو الرق . وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب فى هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر ، لاجائز أن يكون لأجل أمه لأن الحد لايورث ولا أن يكون لأجل نفسه لأنه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه عيره بقذف محصن) وهو ظاهر ؛ لأن فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لأنه تعيير على الكمال فيقتضى زاجرا . وأشار المصنف إلى هذا الكلام بقوله (وهذا لأن الإحصان فى الذى ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا ،

التعبير الكامل إلى ولده ، والكفر لاينافى أهلية الاستحقاق ، بخلاف إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الإحصان فى المنسوب إلى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لأن المولى لايعاقب بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه . ولهذا لايقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع .

التعيير الكامل إلى ولده) فيثبت له حق المطالبة على طريق الأصالة للشين الذى لحقه لا للخلافة ، ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد حقا لله تعالى (والكفر لا ينافى أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه) لعدم إحصانه فلم يقع التعيير إذ لم يكن محصنا على الكمال . والحاصل أن السبب التعيير الكامل وهو بإحصان المقذوف فإن كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه ، وإن لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل فى حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أى التى قذفها فى حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وإن علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التى قذفها فى حال موتها بأن قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة ، أو قال لابنه أو لابن ابنه وإن سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية . وهو قول الشافعى وأحمد ورواية عن مالك ، والمشهور عنه أن للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبى ثور وابن المنذر لإطلاق آية ـ فاجلدوهم ـ ولأنه حد هو حق الله فلا يمنع من إقامته قرابة الولاد . وقال مالك : إذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى ـ فلا تقل لهما أف ـ والجواب أن الإطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ـ فلا تقل لهما أف ـ والمانع مقدم (ولهذا لايقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالإجماع على عدم القطع وصار الأصل لنا عموم الآية ، أعنى قوله تعالى ـ فلا تقل لهما أف ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد بولده ، ولا السيد بعبده » وأما الإجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب فى المسروق فلا يرد على مالك . نعم دلالة الإجماع على كونه لايقاد به لازمه ، فإن إهدار جنايته على نفس الولد توجب إهدارها فى عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد ، بخلاف حد القذف فيهما ، ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لايقاد الوالد بولده . وقول المصنف (لأن المولى لايعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه . قيل لأن حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أى لزوجته الميتة التى قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) بإجماع الأئمة الأربعة لأن لكل منهما حق الخصومة وظهر فى حق أحدهما

التعيير الكامل إلى ولده) فجاز له أن يأخذ بالحد . فإن قيل : جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضى . أجاب بقوله (والكفر لاينافى أهلية الاستحقاق) أى استحقاق أهلية الخصومة لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود فى الولد الكافر والمملوك لأن النسبة لاتنقطع بالرق والكفر ، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فإنه لايوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان فى المنسوب إلى الزنا . قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جده وإن علا (بقذف أمه) وجدته وإن علت ، ولا أمه ولا جدته وإن علت بقذف نفسه (لأن المولى لايعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم « لايقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده » فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لايجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسبه إليه أولى . وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح .

(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي : لايبطل (ولومات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقى) عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لايورث . ولاخلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم إنه شرع زاجرا ومنه سمى حدا ، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد ، وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام . وإذا تعارضت الجهتان ،

مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله فى الآخر . ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به ، بخلاف عفو أحد مستحق القصاص بمنع استيفاء الآخر لأن القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين . فبإسقاط أحدهما بالعفو لايتصور بقاؤه لأن القتل الواحد لايتصور تجزيه ، أما هنا فالحق فى الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل بإسقاط أحدهما .

[فرع] يجوز التوكيل بإثبات الحدود من الغائب فى قول أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف ، وكذا فى القصاص لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل . وشرط الحد لايثبت بمثله ، والإجماع أنه لايصح باستيفاء الحد والقصاص لأنها عقوبة تندرئ بالشبهات ، ولواستوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو أن المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده ، ولا يخفى قصور التعليل الأول لأن حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لايسقط الحد فمع احتماله أولى (قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد ، وقال الشافعى : لايبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقى عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده) فيرث الوارث الباقى فيقام له (وعندنا لايورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أى من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (أنه شرع زاجرا ومنه سمى حدا ، والمقصود من شرع الزواجر كلها إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع إذ لم يختص بهذا إنسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد فى حد القذف (تشهد الأحكام) فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى فى إقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ، ويجب على المستأمن ويقيمه القاضى بعلمه إذا علمه فى أيام قضائه ، وكذا لو قذفه بحضرة القاضى حده ، وإن علمه القاضى قبل أن يستقضى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة إذا اجتمعا ، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار به ، وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الإمام دون المقذوف ، بخلاف القصاص ، ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ، ولا يختلف باختلاف المتلف ، وإذا تعارضت الجهتان ولم يمكن إهدار مقتضى إحداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين (إلا أن

وقوله (وبكل ذلك تشهد الأحكام) أما الأحكام التى تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار ، وكذلك لايستوفى إلا بخصومة ، وإنما يستوفى بخصومة ماهو حقه ، بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد ، حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لايبطل المال ، ويقام هذا الحد على المستأمن ، وإنما يؤخذ المستأمن بماهو من حقوق العباد ، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر ، حتى أن رجلا لو ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص فى العين لأنه محض حق العبد ، وحق العبد مقدم فى الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف الفوت ، والله تعالى لايفوته شىء ، إذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف . وأما الأحكام التى تشهد على أنه حق الله تعالى فهى

فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ، ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة عنه ، وهذا هو الأصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث ، إذ الإرث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع . ومنها العفو فإنه لايصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده . ومنها أنه لايجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لايجرى . وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى ؛ ومن أصحابنا من قال : إن الغالب حق العبد

الشافعى مال إلى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ماللعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا) بتغليب حق الشرع لا مهدرا (ولا كذلك عكسه) أى لو غلب حق العبد لزم أن لايستوفى حق الشرع إلا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه إليه ، وذلك لايجوز إلا بدليل ينصبه الشرع على إنابة العبد فى الاستيفاء ولم يثبت ذلك . بل الثانى استنابة الإمام حتى كان هو الذى يستوفيه كسائر الحدود التى هى حقه تعالى على ما قدمناه من الأحكام ، فإذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف فى هذا الأصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين . منها الإرث فعنده يورث ، وعندنا لايورث إذ الإرث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الله تعالى : أى إنما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا ، أو مايتصل بالمال كالكفالة ، أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص ، والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت إذ لم يثبت دليل سمعى على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه فى المطالبة التى جعلها شرطا لظهور حقه . ومنها العفو ، فإنه بعد ماثبت عند الحاكم القذف والإحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لايصح منه ويحد عندنا ، ويصح عنده ، ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقذوف لم يقذفنى أو كذب شهودى ، وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك ، وهذا كما إذا صدقه المقذوف فإنه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجبا للحد ، بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لأن المغلب فيه حق العبد . ومنها أنه لايجوز الاعتياض عنه عندنا ، وبه قال مالك ، وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجرى فيه التداخل عندنا ، وبه قال مالك ، حتى لو قذف شخصا مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد إذا لم يتخلل حد بين القذفين . ولو ادعى بعضهم فحد ففى أثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد . وعند الشافعى لايجرى فيه التداخل . وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى وهو أنه يصح عفو المقذوف (قوله ومن أصحابنا من قال : إن الغالب فى حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الأصل المختلف فيه وتفريع الأحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الأظهر من جهة الدليل والأشهر لأنه قول عامة المشايخ ، وذهب صدر الإسلام

أن الاستيفاء إلى الإمام ، والإمام إنما يتعين نائبا فى استيفاء حق الله تعالى ، وأما حق العبد فاستيفاؤه إليه ، ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط . وقوله (لأن ماللعبد من الحق الخ) قيل فيه نظر ، لأنه يلزم أن لايكون حق العبد غالبا إذا اجتمع الحقان أصلا ، وهو خلاف الأصول والمنقول ، فإن القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب . واعترض بأن من الأحكام ما ينافى الحقين جميعا وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشىء من الحقين لايسقط به . وأجيب بأنا لانقول إنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه ، فإن الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته . وقوله (ومن أصحابنا من قال) يريد به صدر الإسلام أبا اليسر ، فإنه ذكر فى مبسوطه . والصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى ، لأن أكثر الأحكام تدل عليه ، والمعقول

وخرج الأحكام . والأول أظهر .قال (ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع ، بخلاف ما هو خالص حق الله لأنه لامكذب له فيه (ومن قال لعربيّ يانبطيّ لم يحد) لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا .

أبو اليسر إلى أن المغاب فيه حق العبد كقول الشافعي (وخرج الأحكام) المختلف فيها على غير ذلك ، أما توجيه أن أحق العبد غالب فلأن أكثر الأحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له ،وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص . وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص . وأما تخريج الأحكام فإنما فوّض إلى الإمام لأن كل أحد لايهتدى الى الضرب الواجب أولأنه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا ؛وإنما لايورث لأنه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط ، وحق الشفعة بخلاف القصاص على ماقدمنا ، وإنما لايصح عفوه لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الإقامة ، ولأنه متعنت في العفو لأنه رضى بالعار والرضا بالعار عار ، وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ، ثم لايخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو ، إذ لايخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع ، بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف ، وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم ، وأن العفو لايستلزم الرضا بالعار بل قد لايرضى الإنسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله ، وكونه مولى عليه إنما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفى أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا ، وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخبازية إن شاء الله تعالى . وقول محمد إن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله تعالى لأنه لامكذب له فيه) فيقبل رجوعه ، وأما التعليل بأنه بالإقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الإقرار بحق الله تعالى ، وكونه ألحق الشين لا أثر له ، بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمي فلا يقبل إبطاله ، فإلحاق الشين تأثيره في إثبات حق الآدمي ليس غير ، ثم امتناع الرجوع ليس إلا لتضمنه إبطال حق الغير (قوله ومن قال لعربيّ يانبطيّ) أو قال لست بعربيّ (لايحد) وكذا إذا قال لست من بني فلان

يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص.وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص إلا أنه فوض إقامته إلى الإمام لأنه لايهتدى كل أحد إلى إقامة الجلد . وقوله (وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض إلى الإمام ما ذكرنا أن كل أحد لايهتدى إلى إقامة الجلد . وقال في عدم الإرث إن عدمه لايستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الإرث يجرى في الأعيان . وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس ، فإن الإنسان لايملك شراء الطعام إلا للإتلاف وهو الأكل ، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص . وقوله (والأول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية : لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ، ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الأخذ بقول عامة العلماء أظهر ، والثاني أظهر . وقوله(ومن أقرّ بالقذف) من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد . وقوله (ومن قال لعربيّ يانبطيّ) ظاهر . والنبط جيل من الناس بسواد العراق . وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لقرشيّ يانبطيّ فقال : لا حد عليه . وقوله (لما قلنا) يعني قوله لأنه يراد به التشبيه الخ .

. (قوله إلا أنه فوض إقامته) أقول : من كلام أبي اليسر .

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء : لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقذف) لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا ، أما الأول

وقال مالك : يحد إذا نوى الشتم ، وعنه إذا قال يارومى لعربى أوفارسى أو يافارسى لرومى أو عربى أو يا ابن الخياط وليس فى آبائه خياط يحدّ . قلنا : العرف فى مثله أن يراد نفى المشابهة فى الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وأما قذف أمه أو جدة من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفى الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا ، وهذا لأن النسبة إلى الأخلاق الدنية مما يشتم به ، فإذا لم يتعارف مثله فى القذف أصلا يجعل فى الغضب شتما بهذا القدر ، ولأن النبطى قد يراد به النسبة إلى المكان على ماقال فى ديوان الأدب : النبط قوم ينزلون بسواد العراق ، فهو كما قال يارستاقى ياربنى فى عرفنا : أى ياقروى لايحدّ به . وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا إذا قال ياابن مزيقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح ، فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدى لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا . ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لأنه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود إلى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان ، وعلى هذا فالأنسب أن يكون قول القائل ياابن مزيقياء للذم بالسرف والإعجاب ، لكن عرف العامة فى مثله أنه جوده ، وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك ، وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير :

ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بنى مـــاء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال : لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه ، وأما جلا فقد استعمل مرادا به إنسان فى قول سحيم :

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا متى أضع العمامة تعرفونى

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال أنا ابن الذى جلا : أى أوضح وكشف . وأما قول القلاخ : • أنا القلاخ بن جناب بن جلا • فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا أيضا ، ثم إنه إنما يراد به التشبيه فى كشف الشدائد وإماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر أنه لوكان هناك رجل اسمه ماء السماء : يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب ، بخلاف ما إذا لم يكن . فإن قيل : إذا كان قد سمى به وإن كان للسخاء والصفاء فينبغى فى حالة الغضب أن يحمل على النفى ، لكن جواب المسئلة مطلق ، فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست بعربىّ لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وإن نسبه لعمه أوخاله أوزوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالأول) وهو تسمية العم أبا

وقوله (لأن ماء السماء لقب به) أى بهذا اللفظ ، وماء السماء هو لقب أبى المزيقياء ، والمزيقياء هو عمرو بن عامر ، لقب بالمزيقياء لأنه كان يمزق فى كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره ، وأبوه عامر بن حارثة الأزدى كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا .

(قوله هو عمرو بن عامر) أقول : هو من ملوك غسان .

فلقوله تعالى ـ نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ـ وإسماعيل كان عما له . والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال أب » . والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لايحد) لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب :

« وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل » وذكر الجبل يقرره مرادا .

(لقوله تعالى ـ وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ـ وإسماعيل كان عماله) أى ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثانى لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال أب ») قالوا هو غريب ، غير أن فى كتاب الفردوس لأبى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا : الخال والد من لا والد له (والثالث للتربية)وقيل فى قوله تعالى ـ إن ابنى من أهلى ـ إنه كان ابن امرأته (ومن قال بغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لايصدق (ويحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لايحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة ، قالت امرأة من العرب « وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل ») والزنا وإن كان يهمز فيقال زنأ على ماسلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا . وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها « أشبه أبا أمك أوأشبه عمل » تريد عملى . « ولا تكونن كهلوف وكل »

يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل

وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال إنما هى لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الأبيات . وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى : أى كن مثل أبى أمك أومثل عملى فحذف المضاف إليه ، والمراد كن مثل أبى أمك أومثلي ، وكان أبو أمه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى ، وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس ، قال : فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول :

أشبه أخى أو أشبهن أباكا أما أبى فلن تنال ذاكا

تقصر عن مثله يداكا والله بالنعمة قد والاكا

وقوله (وإسماعيل كان عما له) أى ليعقوب . فإن إسماعيل وإسحاق ابنا إبراهيم ويعقوب ابن إسحاق فكان إسماعيل عما له فأدخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أبا . قال (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود الجبل حد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : لايحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر « وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل » قال (وذكر الجبل يقرره) أى يقرر الصعود (مرادا) تأكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول : أى بنو يعقوب (قال المصنف : وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل) أقول : أوله :

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق إلى الخيرات زنأ فى الجبل

الهلوف : الثقيل الجافى الذى لا خير فيه ، والوكل : الذى يتكل على الناس فيما يحتاج إليه ، والمنجدل : الممتد على الأرض ، يريد أنه لا يستيقظ حتى يصبح (قال المصنف : وذكر الجبل يقرره مرادا) أقول : قال الإتقانى : لا نسلم لأن الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع فى الجبل أيضا اه . وهذا هو مرادهما (قوله وارق إلى الخيرات) أقول : أى بادر إلى فعل الخيرات لترتفع بها وتذكر كما يزنأ المرتقى فى الجبل . (قوله زنأ) أقول : أى صعودا (قوله تأكيدا لكون المهموز الخ) أقول : حيث قال يقرر دون يعين

ولهما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز . وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما إذا قال يا زانى أو قال زنأت . وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادا إذا كان مقرونا بكلمة على إذ هو المستعمل فيه . ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا . وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لا بل أنت فإنهما يحدان) لأن معناه لا بل أنت زان .

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل . والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج إليه . وذكر فى النهاية قوله أوأشبه جمل بالجيم ، وقال : هو اسم رجل هو أبوحى من العرب وهو جمل بن سعد ، والوكل العيال على غيره (ولهما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لأن من العرب من يهمز الملين) أى اللين فى غير التقاء الساكنين كقول العجاج • وخندف هأمة هذا العألم • ومنه قوله • صبرا فقد هيجت شوق المشتئق • لأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز ، وأما نحو قطع الله أديه : أى يديه . فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة ، لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون فى الالتقاء على حده وإن كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة . وقرىء ولا الضألين شاذا وإن كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود ، فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا . وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زنأت فإنه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا إنما يعين ذلك إذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل . ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زنأت فى الجبل بمعنى صعدت ذكره فى الجمهرة وغيرها . والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظة فى . بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فإن الفاحشة قد تقع فى الجبل : أى فى بعض بطونه . وعلى الجبل : أى فوقه . كما قد تقع على سطح الدار ونحوه ، فلم يكن ذكره قرينة مانعة من إرادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجح إرادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقى بحاله : أى فى حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا إن ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الأوجه ، وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد إذ لا يجب بالشك بل لا داعى . فالظاهر عدم إرادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فإنهما يحدان) إذا طالب كل منهما الآخر لأنهما قاذفان ، وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند

وقوله (ولهما أنه يستعمل الخ) واضح . وقيل كلامه يشير إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود ، وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما . وعند محمد أنه حقيقة فى الصعود مجاز فى الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن اللفظ إذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثانى يترجح على الأول لعدم إخلاله بالفهم ولأن الباب باب الحد فيحتال للدرء . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقرونا بكلمة على . وقوله (للمعنى الذى ذكرنا) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله ومن قال لآخر يازانى) ظاهر . واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور فى الأول مذكورا فى الثانى بأن المراد بالأول هو قوله يازانى وما ثمة خبر أصلا .

(قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول : يعنى يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثانى يترجح على الأول) أقول : نعم إذا لم يقم دليل على الأول وهنا الدليل موجود وهو قوله لأن من العرب الخ فتأمل (قال المصنف : ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من أنه يتعين الصعود بالإرادة إذا كان مقرونا بكلمة على قال الإمام السرخسى فى مبسوطه : وكذلك إذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد ، وكذلك إذا قال زنأت فى الجبل ، إلا أن محمدا يقول : أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف فى لا حرف على اه فيه تأمل (قال المصنف وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه) أقول : فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة بكلمة على إلا فى حالة غير الباب فليتأمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور إلى قوله وما ثمة خبر أصلا) أقول : الاعتراض للإتقانى إلا أنه يجوز أن يقال قوله يازانى يتضمن

إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الأول مذكورا فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد. وفى البداءة بالحد إبطال اللعان . لأن المحدود فى القذف ليس بأهل له ولا إبطال فى عكسه أصلا فيحتال للدرء ، إذ اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حدّ ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه وانعدامه منه ،

الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما ، بخلاف مالو قال له مثلا ياخبيث فقال له بل أنت تكافأ ولا يعزر كل منهما الآخر لأن التعزير لحق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ماوجب للآخر فتساقطا ، أما كون الأول قاذفا فظاهر ، وأما الثانى فلأن معناه لا بل أنت زان ، ولهذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لأنه قاذف بقوله بل أنت والحر وإن كان قاذفا أيضا ، لكن لايحد بقذف العبد . قال المصنف (إذ هى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور فى الأول) أى فى التركيب الأول إذا كان خبريا (مذكورا فى الثانى) فإذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا فى التركيب الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالأول لفظ يازانى بل هو إعطاء النظير معنى : أى هى كما ذكرنا ، وإذا كانت كذلك فيصير واصفا للمتكلم الأول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لأن يازانى فى معنى أدعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدّت المرأة خاصة) إذا ترافعا (ولا لعان لأنهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها إياه يوجب الحد عليها) والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفى تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء ، واللعان قائم مقام الحد فهو فى معناه ، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة فى قذف ، واللعان لايجرى بين المحدودة فى القذف وبين زوجها لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود فى القذف ، وبتقديم اللعان لايسقط حد القذف عنها لأن حد القذف يجرى على الملاعنة ، ولهذا لو قال لها يازانية بنت الزانية فخاصمته الأم فحد سقط اللعان لأنه شهادة ، فلو خاصمت المرأة أولا لاعن القاضى بينهما ، فإذا خاصمت الأم بعده حد للقذف فقدمنا الحد درءا للعان الذى هو فى معناه (ولو) كانت (قالت) فى جواب قوله يازانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك فى كل منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت فى نسبتها إلى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته إلى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أى انعدام التصديق منه فيجب الحد دون

والجواب أن المراد بالخبر الجزء ، وحينئذ يستقيم الكلام لأن الخبر جزء أخص فيجوز أن يستعار للأعم (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره فى الكتاب ظاهر (قوله لأن المحدود فى القذف ليس بأهل للعان) دليله أن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف. وقوله (ولا إبطال فى عكسه أصلا) يعنى لو قدمنا اللعان لايبطل حد القذف عن المرأة لأن إحصان الرجل لايبطل بجريان اللعان بينهما ، غاية ما فى الباب أن اللعان فى حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لايخرج به عن أن يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان الذى هو بمعنى الحد. وقوله (ولو قالت زنيت بك) يعنى فى جواب قوله لها يازانية . وقوله (وانعدامه) أى انعدام التصديق من الزوج .

معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور فى الأول هو الخبر المذكور ضمنا ، بل نقول : ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا إشكال (قوله غاية مافى الباب أن اللعان الخ) أقول : كما مر فى باب اللعان

ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان معك بعد النكاح لأنى ماءكنت أحدا غيرك . وهو المراد فى مثل هذه الحالة ، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ماقلنا (ومن أقرّ بولد ثم نفاه فإنه يلاعن) لأن النسب لزمه بإقراره وبالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن (وإن نفاه ثم أقر به حدّ) لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب ، والأصل فيه حد القذف . فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل ، وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجهين لإقراره به سابقا أو لاحقا ،

اللعان (ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان من تمكينى إياك بعد النكاح) وهذا كلام يجرى بين الزوجين فى العادة مجرى مجاز المشاكلة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها . فإن فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا ، كما أن الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه . وعلى هذا لاحد عليها لأنها لم تقذفه . ويجب اللعان لأنه قذف زوجته ، فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان . وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد . والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر ، فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك . وهذا معنى قوله (فجاء ماقلنا) أى من أنه لاحد ولا لعان . ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه إياها بالإغاظة لوجب حدها البتة عينا بقذفها إياه ، إذ النسبة إلى الزنا تنصرف إلى الحقيقة ، ومذهب الشافعى فى مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفى بيمين واحدة فى وجه ، وعلى الزوج الحد دونها لأن هذا منها ليس إقرارا صحيحا بالزنا ، وبقولنا قال أحمد . ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان ، وهذا ظاهر (قوله ومن أقرّ بولد ثم نفاه فإنه يلاعن فإن النسب لزمه بإقراره ، وبالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن) وإن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفيه للولد (لأن اللعان حد ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين فى زنا الزوجة (والأصل فيه) أى فى اللعان ما هو إلا (حد القذف) لأنه قذفها (فإذا بطل) الحلف ببطلان (التكاذب صير إلى الأصل) فيحد الرجل . وقوله (وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان) الذى ذكره فى اللعان أنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له أن يتزوجها ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد . وقوله (والولد ولده فى الوجهين) أى ما إذا أقرّ بالولد ثم نفاه وما إذا نفاه أولا ثم أقر به (لإقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أو لاحقا) فى الثانية فيثبت به بعد النفى .

وقوله (ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان معك بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لايسمى زنا فلا يصلح محملا . وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما فى قوله تعالى - بل يداه مبسوطتان - حملها على ذلك لتركيب فرط غيظها بإطلاق تلك الكلمة ، وعلى هذا الاعتبار لاتكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ، فنى حال لايجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج ، وفى حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان ، فوقع الشك وجاء ماقلنا أنه لاحدّ ولا لعان . قوله (لأنه) أى اللعان (حدّ ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب ، والأصل فيه حد القذف) لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية (وإذا بطل التكاذب) بإكذاب الرجل نفسه (يصار إلى الأصل والولد ولده فى الوجهين) أى فى الوجه الذى أقرّ ثم نفى وعكسه . قوله (لإقراره به سابقا أو لاحقا) أى لإقرار الزوج بالولد سابقا على النفى فيما إذا أقر ثم نفى أو لاحقا

(قال المصنف : وهو المراد فى مثل هذه الحالة) أقول : أى يجوز إرادته وإنما قال لدفع ماعسى يقال إنه لامجال لتلك الإرادة لأن ماكان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وإن قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لأنه أنكر الولادة وبه لايصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا إليها وهى شرط الإحصان

وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال إن سبب اللعان ليس إلا نفى الولد ، فإن لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفى الولد قطع النسب ، ألا يرى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بأن قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه . وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الآيسة فإنه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له فى الجواب (قوله وإن قال) أى الزوج الذى جاءت زوجته بولد (ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لأنه) إذا أنكر أنه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفى ولادتها إياه ، وبنفى ولادتها لايصير قاذفا لأنه إنكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى) وقت القذف أو ميت (فلا حدّ عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فإنه يحد ، ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حدّ ، ولا يحد الذى قذفها قبل تكذيب نفسه ، وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ، ومن قذفها بعد ذلك يحد ، لأنها خرجت عن صورة الزوانى ، ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد فى ذات الأولاد قيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لاأب له ففاتت العفة نظرا إليها : أى إلى الإمارة (وهى) أى العفة (شرط) واعلم أنه إن صح ما رواه الإمام أحمد وأبو داود فى جديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لايدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ، وكذا

فيما إذا نفاه ثم أقرّ به. وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال إن سبب اللعان هنا هو نفى الولد فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجرى بينهما اللعان لأن بطلان المتضمن يقتضى بطلان المتضمن . ووجهه أن قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما : أى من نسبته إلى الزنا ومن نفى الولد منفصلا عن الآخر فصار كأنه نسبها إلى الزنا من غير نفى الولد بأن قال يازانية وفيه اللعان ، فكذا ههنا ؛ ألا ترى أنه إذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابنى فإنه يلاعن مع أن سبب اللعان نفى الولد، ولم ينتف الولد لأنه صار بمنزلة قوله أنت زانية . قوله (وإن قال ليس بابنى ولا بابنك) ظاهر . وقوله (أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ، ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى . وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة . وقوله (ففاتت العفة نظر إليها) أى إلى إمارة الزنا (وهو) أى العفة وذكره نظرا إلى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهى فائتة فلا يجب الحد .

(قال المصنف : واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول : فى الكافى وينتفى النسب بدون اللعان كالونفى نسب امرأته الأمة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اهـ . فانفك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) أقول : كما مر فى باب اللعان (قوله ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى) أقول : يعنى فى الكافى للنسفى (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول : لقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام أمارة الزنا . فقال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهى شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق .

ما رواه أحمد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه أمه . ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب ، والأئمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لاعنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت أمارته . فإن قيل : اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها . أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره فهى محصنة فى حق غيره ؛ ألا ترى أن اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إليها لا إلى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف فى ذلك . إلا أن للشافعية فى وجه أنه إذا قذفها أجنبى بذلك الزنا الذى لاعنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان . لكن المنصوص فى الأصل أنه يحد بل الحق أنها لم يسقط إحصانها بوجه . وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها إنما يقتضى أن لا يحد قاذفها لو كان معناه أنه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله ، وليس كذلك لأنه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن إثباته ليسقط إحصانها . وإنما هو ليشتفى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف إلى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالأيمان الغموسة ، أو يضاف ذلك إلى عذاب الافتراء والقذف ، بخلاف ما إذا كان بنفى الولد لأن أمارة الزنا قائمة فأوجبت ذلك ، وقد أول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع إصرا ، فالحق أن كونه قائما مقام حد القذف فى حقه ظاهر غير محتاج إلى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ، وورود السؤال إنما هو بناء على أنه كلام حقيقى على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له (قوله ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهى شرط الإحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الإحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الإحصان بالحقيقة (ولأن القاذف صادق) لأن الوطء فى غير الملك زنا كذا قيل ، وهو قاصر على ما إذا

وقوله (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ظاهر . فإن قيل : اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغى أن يسقط الحد عن القاذف نظرا إلى هذا . قلنا : بلى لكنه قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف . قال صاحب النهاية : ووجدت بخط شيخى فى جواب هذه الشبهة . قلنا نعم إن اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا ، لكن بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره ، فكانت هى محصنة بالنسبة إلى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها . قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه) اعلم أن الوطء الحرام بالقسمة الأولية على نوعين :

(قوله فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول : كما سبق فى باب اللعان ، وأجاب الإتقانى عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ، ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا ، ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما لقيام ذلك مقام حد الزنا فى حقها ومقام حد القذف فى حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما ، وليس معناه أن اللعان كإجراء الحد ألا يرى أن التفريق بينهما إنما وقع باعتبار أنها محصنة لأنها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا ، فإذن أكد اللعان إحصانها فمحال أن يسقط الإحصان بما يتأكد به اه فليتأمل (قوله قلنا بلى لكنه ، إلى قوله : فتعارض الوجهان فتساقطا الخ) أقول : واعترض عليه الإتقانى بأنها إذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه ، فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة فى إسقاط الحد عن قاذفها لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغى على هذا أن لا يجب الحد على القاذف اه . وقد مر من الشارح فى باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر .

والأصل فيه أن من وطئ وطأ حراما لعينه لايجب الحد بقذفه . لأن الزنا هو الوطء الحرم لعينه ، وإن كان محرّما لغيره يحد لأنه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء فى الملك ، والحرمة مؤبدة ، فإن كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره ، وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع ،

قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم ، أما إذا قذفه بغيره فإنه لايعلم صدقه فيه فيحد ، والحكم ليس كذلك بل المنصوص أن من قذف زانيا لاحدّ عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه فى أصل المبسوط خلافا لإبراهيم وابن أبى ليلى . وجه قولنا أن النص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفى معناه المحصنين وبالزنا لايبقى الإحصان فرميه رمى غير المحصن ، ولا دليل يوجب الحد فيه ، نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزّر (والأصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذى يسقط الإحصان والوطء المحرم الذى لايسقطه (أن من وطأ وطأ حراما لعينه لايجب الحد بقذفه) على قاذفه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فإذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وإن كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قاذفه لأنه وإن كان محرما ليس بزنا إذا عرف هذا فالمحرم (لعينه) هو الوطء فى غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة . وأعنى أن الموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها ، فإن الإكراه يسقط الإثم ، ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطئ ذكره فى المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالأمة المشتركة بين الواطئ وغيره ، وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التى هى أخته من الرضاع ، ولو كانت الحرمة موقتة كالأمة المزوجة والأمة المجوسية ووطء أمتيه الأختين أو الزوجة فى حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) فى ثبوت حد القاذف للواطئ فى الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين ، فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لايحد قاذفه ، وكذا إذا تزوّج امرأتين لايحل له الجمع بينهما فى عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما فى العقد فوطئ الأمة فلا حد على قاذفه ، بخلاف مالو نظر إلى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوّج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبى حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة ، ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف ، كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط إحصانه ، وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء . وأبو حنيفة إنما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر إلى الفرج والمس بشهوة ، لأن ثبوتها لإقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهى حرمة ضعيفة لاينتفى بها الإحصان الثابت بيقين ، بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الأب فإنها ثابتة بظاهر قوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ـ فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص ، وكذا وطء الأب جارية ابنه مسقط

أحدهما حرام لعينه ، والآخر لغيره ، والأول منشأ حرمته شيئان : حصوله فى غير الملك من كل وجه كوطء الأجنبية ، أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره ، وحصوله فى امرأة هى حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهى أخته من الرضاع ، وما سوى ذلك فهو من النوع الثانى كوطء أمته المجوسية ووطء أمتيه الأختين ، والقاذف فى النوع الأول بوجهيه لايحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق لأن الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة الأب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين إذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه

أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا إذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية أو امرأته وهى حائض أو مكاتبة له فعليه الحد) لأن الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا . وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر لأن الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء . ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره إذ هى مؤقتة

للإحصان . وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للأب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث « لا نكاح إلا بشهود » ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة ، وحرمة وطء أمته التى هى خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (قوله بيانه) شروع فى تفريع فروع أخرى على الأصل (إذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حدّ عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب ، بخلاف رجوعه فإنه وإن كان الرجوع يوجب شبهة فى الإقرار الأول لا يعمل ههنا فإنه لما لم يقارنه بل وقع متأخرا ، والفرض أن بالإقرار تقرر حق آدمى لم تعمل الشبهة اللاحقة لأن الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمى لا ترفعه ، فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا فى إسقاط الحد (قوله وكذا إذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) أو رجلا زنا فى نصرانيته فإنه لا يحد ، والمراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان فى نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة ؛ وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد ، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حدّ عليه ، لأنه إنما أقرّ أنه قذفها فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حدّه ، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا ، بخلاف الرجم على ما مر ، ولا يسقط الحد بالإسلام ، وكذا العبد ، ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولا ، حتى أن الكافر الحربى إذا زنى فى دار الحرب ثم أسلم فقذفه لا يحد لأن الزنا تحقق منه ، وإن لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا ، وإنما ارتفع بالإسلام الإثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أو امرأته وهى حائض) أو مظاهر منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لأن الحرمة) فى كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا ، لأن الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين - (وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر ، لأن الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ، ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ، ونحن نقول : إن قلتم إن ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع ، وإن عنيتم أن ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المجوسية فثبت أن الحرمة لغيره إذ هى مؤقتة ، ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطئ أمته المرهونة وهى بكر يلزمه

(أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فإنها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بالشهود » وهو مشهور . وفى النوع الثانى يحد لأن الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ، ألا ترى أن المجوسية إذا أسلمت

(ولو قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة لايحد) لأن الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه) لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة (ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة . وقالا : لاحد عليه) وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيا بينهم عنده خلافالهما . وقد مر فى النكاح (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد) لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد : ولأنه طمع فى أن لايؤذى فيكون ملتزما أن لايؤذى وموجب أذاه الحد (وإذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وإن تاب) وقال الشافعي : تقبل إذا تاب وهي تعرف فى الشهادات (وإذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

العقر ولا يسقط الإحصان . ذكره فى المبسوط (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع لايحد لأن الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فإنه يقول بوطئها لايسقط الإحصان، وهو قول مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية . وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت موقتة ، أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره . (قوله ولو قذف مكاتبامات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة) فى شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة فى أنه مات حرا أو عبدا فأورث شبهة فى إحصانه ، وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الإحصان (قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه الخ) يعني ولوتزوج مجوسي بأمه أو أخته أوبنته (ثم أسلم) ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم فى حال إسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على مامر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقالا : لايحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة . وقولهما قول الأئمة الثلاثة ، وقد مر فى كتاب النكاح فى باب نكاح أهل الشرك (قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ، ولأنه طمع فى أن لايؤذى فيكون ملتزما بالضرورة أن لايؤذى) وفى بعض النسخ طمع أن لايؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد (قوله وإذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وإن تاب)عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف فى الشهادات) إن شاء الله تعالى (قوله وإذا حد الكافر فى قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ماعرف عندنا، ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (فإذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

أو أخرج إحدى الأختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه ، وبقية كلامه ظاهر . وقوله (وهذا هو الصحيح) احترازا عن قول الكرخي فإنه يقول : بوطئها لايسقط إحصانه لأن حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيح لايسقط إحصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التي ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوجها وهي فى عدة من غيره لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه . ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافيا ، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفي الآخر ، والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل . وقوله لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه ، قلنا : السبب لايوجب الحكم إلا فى محل قابل له ، وإذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لايثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا وقوله (لمكان اختلاف الصحابة) يعني فى أنه مات حرا أو عبدا على مايجيء فى كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى . وقوله (وقد مر فى النكاح) أي فى باب نكاح أهل الشرك . وقوله (كقذف مسلما يحد) جواب ظاهر الرواية ، وعلى قول أبي حنيفة أولا لايحد لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ماذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا. وجه ظاهر الرواية ماذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

تحت الرد ، بخلاف العبد إذا حدّ حد القذف ثم أعتق حيث لاتقبل شهادته لأنه لا شهادة له أصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (وإن ضرب سوطا فى قذف ثم أسلم ثم ضرب مابقى جازت شهادته) لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام

تحت الرد) لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست فيه تلك فلم تدخل تحت الرد ، بخلاف مالو ارتد المحدود ثم أسلم لاتقبل شهادته لأنه صار مردود الشهادة أبدا ، والردة ما زادته إلا شرا فبالإسلام لم تحدث له شهادة ، بخلاف الكافر الأصلى ولهذا قبلت مطلقا على الأهل الإسلام غيرهم ، وبه اندفع ماقيل ينبغى أن لاتقبل بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف . قلنا : إن هذه أخرى نافلة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار ، وهذا بخلاف العبد إذا حدّ فى قذف ثم أعتق فإنه لاتقبل له شهادة أبدا لأنه لم يكن له شهادة فى تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو يرد شهادته مع الجلد فينصرف إلى رد مايحدث له من الشهادة بعد العتق هذا . ولقائل أن يقول : إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لأنه تعالى قال ـ فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ـ والحادثة شهادة واقعة فى الآباد فمقتضى النص ردها . والجواب أن التكليف بما فى الوسع فحينئذ كاف برد شهادته . والامتثال إنما يتحقق برد شهادة قائمة إن كانت وإلا فيما يحدث . وإذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم . فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض إذ الموجب أخذ مقتضاه (قوله وإن ضرب) يعنى الكافر (سوطا فى) حدّ (قذف ثم أسلم ثم ضرب مابقى جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له) أى للحد (والمقام بعد الإسلام

تحت الرد) رد بأنه إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين ،فأما على أهل الذمة فقدكانت الأهلية موجودة وقد صارت مجروحة بإقامة الحد عليه . وأجيب بأنه ليس كذلك . بل استفاد بالإسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعا لأهلية الشهادة على المسلمين ، وهذه غير ماكانت حين أقيم عليه الحد، فإن تلك كانت بطريق الأصالة على أهل الذمة ، وهذه بطريق التبعية للمسلمين ، فإن أهلية الشهادة على الأشرف تقتضى أهليتها على الأخس . ولقائل أن يقول : سلمنا وجود المقتضى لكن المانع وهو الرد أوّلا موجود . وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذاقذف فضرب الحد ثم أعتق لاتقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم ؟ وكلامه ظاهر . واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمهما ، لأنه لما كان للكافر شهادة فى جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد إلى ما بعد الاسلام ،ولما لم يكن للعبد شهادة فى شىء أصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك ؟ والجواب أن شهادته التى كانت فى جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده ، والشهادة المقبولة هى شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ، ولم نقل فى العبد بأن غير الموجب انقلب موجبا ، وإنما توقفنا فى إيجابه إلى حين إمكان الموجب وهو الرد . قوله (وإن ضرط سوطا فى قذف) ظاهر ، واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد فالمقام قبل الإسلام كذلك ، فكما لايكون رد الشّهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام فكذلك لايصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الإسلام ، بل جعله صفة لما أقيم بعد

(قوله ولقائل أن يقول سلمنا الخ) أقول : أنت خبير بأن المردود ليس هذه الشهادة التى حدثت بعد حصول عدالة الإسلام (قوله فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول : كمسلم زنى فى دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده) أقول : فيه شىء ، إذ ليست له تلك الشهادة بعد الإسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول : وسيجىء إن شاء الله تعالى فى باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل كلام متعلق بالمقام .

بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له . وعن أبى يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر . والأول أصح . قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)

بعض الحد) وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبى يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع الأكثر والأول أصح) لما ذكرنا وعرف أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام ثم أسلم وأقيم الباقى تقبل شهادته عند أبى يوسف أيضا ، وأورد عليه ، كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام فينبغى أن لايكون صفة ، وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر . أجيب بأن النص ورد بالأمر بالجلد والنهى عن القبول ، وليس أحدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما مايمكن ، والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهى به ، وهذا كما ترى لايدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر . وأصل هذا ماذكر فى الأصل والمبسوط قال : لاتسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد إذا كان عدلا ، ثم قال والحد لايتجزأ فما دونه يكون تعزيرا لا حدا ، والتعزير غير مسقط للشهادة . قال : وفى هذه المسئلة عن أبى حنيفة ثلاث روايات : إحداها ما ذكرنا وهو قولهما ، والثانية إذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته إقامة الأكثر مقام الكل وهى التى ذكرها المصنف عن أبى يوسف ، والثالثة إذا ضرب سوطا واحدا سقطت ، قال : وهذه الروايات الثلاث فى النصرانى إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر فى الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يافلان أنت زان وفلان زان حتى إذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى أنه قذفه لايقام إذا كان بقذف قبل أن يحد ، لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا إلا إذا كان بقذف آخر مستأنف . وحكى أن ابن أبى ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين فى المسجد ، فبلغ أبا حنيفة فقال : ياللعجب لقاضى بلدنا أخطأ فى مسئلة واحدة فى خمسة مواضع : الأول : أخذه بدون طلب المقذوف ، والثانى : أنه لو خاصم وجب حد واحد ، والثالث : أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغى أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول ، والرابع : ضربه فى المسجد ، والخامس : ينبغى أن يتعرف أن والديه فى الأحياء أولا . فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن . ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لايضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل لأنه اجتمع الحدان ، لأن كمال الحد الأول بالسوط الذى بقى ، وسنذكر منه أيضا فى فروع نختم بها . وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة : أى من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد

الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأخير على ماعرف فى موضعه . والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الإسلام ولا للمقام بعده ، وإنما قلنا إن الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة . وقيل فى الجواب النص . ورد بالأمر بالحد والنهى عن قبول الشهادة وكل . واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن ، والممكن زمان النهى رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به (وعن أبى يوسف أنه ترد شهادته والأقل تابع للأكثر) فكأن الكل وجد بعد الإسلام وهو رواية عن أبى حنيفة أيضا (والأول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالأمر بالجلد والنهى عن قبول الشهادة الخ . وقوله (ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر . وذكر فى المبسوط : لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة ، أو كلمات

(قوله وقيل فى الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الإسلام ، ثم لايخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما فى الهداية فتأمل .

أما الأولان فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار ، واحتمال حصوله بالأول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى ، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب . لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما . وقال الشافعى : إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لايتداخل . لأن المغلب فيه حق العبد عنده.

مرة فهو لذلك كله مما سبق منه ، وعند الشافعى أن قذف جماعة بكلمة فكذلك فى قول وإن قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد . وعندنا لافرق ولا تفصيل بل لاتعدد كيفما كان ، وبقولنا قال مالك والثورى والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وحماد وطاوس وأحمد فى رواية . وفى رواية كقول الشافعى الذى ذكرناه آنفا واحتجا بأن مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرّر بتكرره على ماعرف . وفى الجديد للشافعى لايتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولأنه حق آدمى ، ولنا ماذكر من قوله (أما الأولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار) عن فعله فى المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى) والحدود تدرأ بالشبهات بالإجماع . بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالأول . والجواب عما استدل به أن الإجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الأول ، بل هذا ضرورى فإنك علمت أن المخاطب بالإقامة فى قوله « فاجلدوهم » الأئمة ، ولا يتعلق بهم هذا الخطاب إلا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص إيجاب الحد إذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة ، فإذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لجلد مائة أو ثمانين ليس غير ، فإذا جلد ذلك وقع الامتثال ، ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما إذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فإنه لايحده مرتين ، وفى حد الزنا والشرب فالحق أن الاستدلال له بالآية لايخلصه فإنه يلجىء إلى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود إلى أن هذا حق آدمى . بخلاف الزنا فكان المبنى إثبات أنه حق الله تعالى أو حق آدمى ، فما ذكر المصنف أخصر وأصوب . وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لا حاجة إلى إلحاقه ، بل عين الدليل المذكور يجرى فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الأعراض ، فحيث أقيم ثبتت شبهة إلى آخر ماذكر ، وحق العبد فى الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعنى وثبتت الأسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها ، فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقول ، ومن حد الزنا صيانة الأنساب ، ومن حد القذف صيانة الأعراض ، وثبت كل بخطاب يخصه . فلو حددنا فى الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه .

[فروع] ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص فى العين لأنه

متفرقة بأن قال يازيد أنت زان وياعمرو أنت زان وياخالد أنت زان لايقام عليه إلا حد واحد عندنا ، وعند الشافعى إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب ، وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب ، وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحقوق .

محض حق العبد ، ثم إذا برئ أخرجه فحده للقذف لأنه مشوب بحقه ، فإذا برئ فالإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة ، لأن كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ، ويجعل حد الشرب آخرها فإنه أضعف لأنه بما لايتلى ، وتقدم قول علىّ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه » وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الإمام مضيعا للحدود وهو منهى عن ذلك ، وإن كان محصنا اقتص منه فى العين وضربه حد القذف ثم رجمه ، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك . هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس . والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره ، وأتم مايكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لايفيد إلا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لأنه يجب عليه بالأخذ ، وإنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بإيفائها من تركته ، ولا يقام حد فى المسجد ولا قود ولا تعزير ، ولكن القاضى إن أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام فى الغامدية ، أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام فى ماعز ، ولا يستحلف فى القذف إذا أنكره . ولا فى شىء من الحدود لأنه يقضى بالنكول ، وهو ممتنع فى الحدود لأن النكول إما بذل والبذل لايكون فى الحدود أو قائم مقام الإقرار ، والحد لايقام بما هو قائم مقام غيره ، بخلاف التعزير والقصاص فإنه يستحلف على سببهما ، ويستحلف فى السرقة لأجل المال ، فإن نكل ضمن المال ولا يقطع لأن حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة ، وعند نكوله يقضى بموجب الأخذ وهو الضمان ، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الأخذ فيضمن ولا يقطع ، وإذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضى عن القذف ماهو وعن خصوص ماقال لأن الرمى بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلابد من استفسارهم ، فإن لم يزيدوا على قولهم قذفه لايحد ، وإذا شهدوا أنه قال يازانى وهم عدول حد ، فإن لم يعرف القاضى عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لأنه صار متهما بارتكاب مالا يحل من أعراض فى الناس فيحبس فى هذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم فى الزنا فارجع إليه ولا تكفل فى شىء من الحدود والقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول ، ولهذا يحبسه أبو حنيفة ، وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ، ولهذا لايحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف أنه لاتكفيل بنفس الحدود والقصاص ، لأن النيابة لاتجزى فى إيفائهما ، والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه فى الإيفاء ، وهذا لايتحقق فى شىء من الحدود. فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبى حنيفة إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة فى المصر فكذلك لايأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه إلى آخر المجلس ، فإن أحضر بينة وإلا خلى سبيله ، وعند أبى يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام ، وقالا : حد القذف فى الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد ، وفى أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من إحضار الخصم لإقامة البينة عليه ، ولا ضرر فيه على المدعى عليه ، وأبو حنيفة يقول : هذا احتياط والحدود يحتاط فى درئها لا فى إثباتها . وكان أبوبكر الرازى يقول : مراد أبى حنيفة أن القاضى لايجبره على إعطاء الكفيل ، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه نفسه مستحق عليه ، والكفيل فى الكفالة بالنفس إنما يطالب بهذا القدر ، فأما إن أقام شاهدا واحدا لايعرفه القاضى بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحدا ولا يلازمه إلا إلى آخر المجلس ، فإن كان ظاهر العدالة حبسه إذا قال إن له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان ، وهذا كله عند أبى حنيفة

لأنه لايرى الكفالة بالنفس فى الحدود ، وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ، ولا يحبسه لأن المقصود يحصل بذلك . ولو اختلف الشاهدان على القذف فى الزمان والمكان لاتبطل شهادتهما عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يمنع قبول الشهادة لأنه إنشاء سبب موجب للحد ، فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لايقضى به ، كما لو اختلفا فى إقراره بالقذف وإنشائه له ، وأبو حنيفة يقول : القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثانى حكم الأول ، فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى المكان والزمان كالطلاق والعتاق ، وهذا هو القياس فى الإنشاء والإقرار ، إلا أنى أستحسن هناك لأن حكم الإقرار بالقذف يخالف حكم الإنشاء ، بدليل أن من تزوّج امرأة ثم أقرّ أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ، ولو قذفها فى الحال كان عليه اللعان ، ولو اختلفوا فى اللغة التى وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لأن عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف فى الصراحة ونحوها ، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك ، ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لايحد ، ولا يقبل فى إثبات القذف كتاب القاضى ولا الشهادة على الشهادة ، ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضى عندى بينة تصدق قولى أجل مقدار قيام القاضى من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث إلى شهودك . وذكر ابن رستم عن محمد : إذا لم يكن له من يأتى بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه لبرده عليه . وفى ظاهر الرواية لم يفتقر إلى هذا لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضى فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه ، وإلى آخر المجلس قليل لايتضرر به كالتأخير إلى أن يحضر الجلاد . وعن أبى يوسف يستأنى به إلى المجلس الثانى لأن القذف موجب للحد بشرط عجزه عن إقامة أربعة والعجز لايتحقق إلا بالإمهال ، كالمدعى عليه إذا ادعى طعنا فى الشهود يمهل إلى المجلس الثانى . وجوابه ماقلنا ، وعرف أنه لايقبل منه إلا أربعة ، فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة ، قال تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا ، إلا أن المعتبر فى الإقرار إسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ، ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن إحصان المقذوف شرط فلابد من وجوده عند إقامة الحد ، وكذا إذا خرس أو عته ولكن لا لزوال إحصانه بل لتمكن شبهة أنه لو كان ناطقا صدقه ، ولا يلقن القاضى الشهود ما تم به شهادتهم فى الحدود .

(جنس آخر) تقدم أن قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لاحد عليه وهو من المبسوط . وفى فتاوى قاضيخان قال : أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد ، ولو قال أنت أزنى منى لاحد عليه ، ولو قال لها يازانية فقالت أنت أزنى منى حد الرجل وحده . ولو قال لامرأة مارأيت زانية خيرا منك لاحد عليه ، وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما أو فجر بك أو جامعك حراما لاحد عليه ، وكذا إذا قال أخبرت أنك زان أو أشهدت على ذلك ، ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لأن العادة أن لامعية حال الزنا فانصرف إلى معية الفعل دون الحضور ، ومن قال لست لأبويك لايكون قاذفا وهو ظاهر لست لإنسان لست لرجل ليس قذفا. رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حدّ عليه ، ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد. قال لرجل قل لفلان يازانى

فصل فى التعزير

فإن قال الرسول للمرسل إليه فلان يقول لك يازانى لاحد على الرسول ولا على المرسل ، وإن قال له يازانى حد الرسول خاصة . ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له أن يطالب بقذفه بعد ذلك ، ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لاحد عليه ، ولو قال لرجل يا ابنى لاحد عليه لأنه تلطف ، وكذا لو قال يا ابن النصرانى أو يا ابن اليهودى . وفى الخلاصة عن مجموع النوازل : رجل قال فى ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد.لأنه ليس بإشارة إلى هذه الأفعال ، ولو قال اين حه كردهاست فكذلك لأنه لم يسمه ولم يكنه ، ولو قال ولا اين حمه كرداست يكون قذفا ، ومعنى الأول فعل الكل ، ومعنى الثانى فعل هذه كلها ، ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها . وفى الفتاوى : قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا هو لأحدهما فقال لا لاحد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجبا ، ولو قال لجماعة كلكم زان إلا واحدا يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد أن يدعى مالم يعين المستثنى . ومن فروع تداخل حد القذف ماذكره المصنف فى التجنيس : عبد قذف حرا فأعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ، ولوجاء الأول فضرب أربعين ، ثم جاء به الآخر تمم له الثمانين لأن الأربعين وقع لهما يبقى الباقى أربعين ، ولوقذف آخر قبل أن يأتى به الثانى تكون الثمانون لهما جميعا ،ولا يضرب ثمانين مستأنفا لأن مابقى تمامه حدالأحرار فجاز أن يدخل فيه الأحرار ، وهذا ماوعدناه ، ولوقال لامرأة ياروسى يحد ، ولو قال ياقحبة فإنه يعزر .

(فصل فى التعزير)

لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهى أوكد أتبعها التعزير الذى هو دونها فى المقدار والدليل .

(فصل فى التعزير)

(لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر فى هذا الفصل الزواجر التى دونها فى القدر وقوة الدليل وهو التعزير ، وهو تأديب دون الحد ، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع ، والأصل فى هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير . قال فى الفتاوى الظهيرية : اعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن ، وقد يكون بالكلام العنيف ، وقد يكون بالضرب ، وقد يكون بنظر القاضى إليه بوجه عبوس ، ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال ، وقد قيل روى عن أبى يوسف أن

(فصل فى التعزير)

قال الإمام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير فى آخر باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجب : كل شىء صنعه الإمام ليس فوقه إمام مما يوجب الحد فلا حد عليه لأن الاستيفاء إليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه ، واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه ، بخلاف القصاص وحقوق العباد لأن استيفاء ذلك إلى أربابها . وقال الشهيد : وعلى هذا حد القذف ينبغى أن لايجب على الإمام لأن المغلب فيه حق الله تعالى . ذكر أبو اليسر : ولهذا لوعفا لايصح ، علل فى الشافى لأنه بالعفو رضى بانهتاك عرضه وهذا لايمنع وجوب الحد،فإنه إذا رضى بقلته لايمنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث. وفى التحليف خلاف ، ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لايسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضى بعلمه ، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار ، ويشترط فيه الدعوى ، ويقام على المستأمن ولا يقام للابن على الأب ولا للمولى على عبده ، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر ، فدل على أن المغلب حق العبد والأصول تشهد له ، فإن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته ، غير أن الإمام يستوفيه دون المقذوف وإن كان حقه ، لأنه لو فوض إليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فيتلفه ، وهو كالتعزير

. . . .

والتعزير تأديب دون الحد ، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع . وهو مشروع بالكتاب، قال الله تعالى ـ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا ـ أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا. وفى الكافى قال عليه الصلاة والسلام « لاترفع عصاك عن أهلك » وروى «أنه عليه الصلاة والسلام عزّر رجلا قال لغيره يامخنث» . وفى المحيط : روى عنه عليه الصلاة والسلام قال « رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله » وأقوى من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام « لايجلد فوق عشر إلا فى حد » وسيأتى . وقوله « واضربوهم على تركها لعشر » فى الصبيان ، فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة . وبالمعنى وهو أن الزجر عن الأفعال السيئة كى لاتصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب . وذكر التمرتاشى عن السرخسى أنه ليس فيه شىء مقدر بل مفوض إلى رأى القاضى ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه ، فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ، ومنهم من يحتاج إلى الحبس . وفى الشافى : التعزير على مراتب : تعزير أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية بالإعلام وهو أن يقول له القاضى بلغنى أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضى والخصومة فى ذلك ، وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس ، وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب . وعن أبى يوسف : يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقى الأئمة الثلاثة لايجوز . وما فى الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضى ذلك ، أو الوالى جاز ، ومن جملة ذلك رجل لايحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبنى على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبى يوسف . وقال التمرتاشى : يجوز التعزير الذى يجب حقا لله تعالى لكل

التعزير من السلطان بأخذ المال جائز ، وذكر الإمام التمرتاشى أن التعزير الذى يجب حقا لله تعالى يلى إقامته كل

أنه حق العبد وإقامته للإمام ، بخلاف القصاص فإن الاستيفاء للولى لأنه مقدر ، وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لأنه يلى إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى . وسئل الهندوانى : رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله ؟ قال : إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا . وإن علم أنه لاينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا . قلت : وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسبا ، وكذا القتل . ثم وجدت المسئلة فى المنتقى عن أبى يوسف كذلك، لكن وضعها : وجد رجلا مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد : رأى محصنا يزنى جاز له أن يرميه ويقتله . وفى جامع قاضيخان فخر الدين : فى باب من الشهادة فى الحدود أن الأصل فى كل شخص إذا رأى مسلما يزنى أن يحل له قتله، وإنما امتنع خوفا من أن يقتله، ولا يصدق فى قوله إنه يزنى . وفى الشافى : ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لأنه حق الولاة وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء فى الشرع ؛ وله أن يعزرهما لأن التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى . عاين القاضى رجلا يزنى أو يشرب لم يحد استحسانا . وعن محمد يحد ، وهو القياس اعتبارا بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص . وجه الاستحسان الاستيفاء إلى القاضى ، والقاضى مندوب إلى الدرء بالخير فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفى . وفى سير بكر : إذا شتم الإمام الأعظم أحد يفوض إلى غيره إقامته لايقيمه بنفسه ولا يشتم . وفى أدب القاضى : القاضى إذا ولى غيره فى القضاء له وعليه جاز . ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضى القضاة ، لأن المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لاينعزل بموته ، فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له وما لا فلا . وفى النظم : وكذا قضاؤه لنائبه . وفى جمع النسفى : لاينفذ قضاؤه للمقلد، واستشهد بمن توكل بشىء ثم استقضى فيقضى لموكله فى تلك الحادثة لم يجز لأنه قضاء لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضى . قال : وقعت هذه الحادثة لقاضى القضاة المروزى فقال لى : يجب أن يجوز لأن نائبى يعمل للشرع لا لى، فقلت : هل أنت إذا بنفسك لنفسك فأنت نائب الشرع فانقطع ، فالوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصما إليه فيقضى أو يحكما واحدا اهـ (قوله وقيل روى عن أبى يوسف إلى قوله جائز) أقول : قال الزاهدى فى شرح القدورى فى بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال . وأرى أن يأخذها ويمسكها ، فإن أيس عن توبتهم يصرفها إلى مايرى . شط التعزير بأخذ المال كان فى ابتداء الإسلام ، ثم نسخ اهـ المراد . قوله شط شرح الطحاوى (قوله وذكر الإمام التمرتاشى) أقول : فى باب الوطء الذى يوجب الحد .

(ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر)

أحد بعلة النيابة عن الله . وسئل أبو جعفر الهندوانى عمن وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله ؟ قال : إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لايقتله ، وإن علم أنه لاينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضا . وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسبا ، وصرح فى المنتقى بذلك ، وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد ، والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه » الحديث ، بخلاف الحدود فإنها لم تثبت توليتها إلا للولاة ، وبخلاف التعزير الذى يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لايقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه ، ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير إذا رآه الإمام واجب وهو قول مالك وأحمد . وعند الشافعى ليس بواجب لما روى أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقال « إنى لقيت امرأة فأصبت منها مادون أن أطأها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أصليت معنا ؟ قال نعم ، فتلا عليه - إن الحسنات يذهبن السيئات - » وقال فى الأنصار : « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » وقال رجل للنبىّ صلى الله عليه وسلم فى الحكم الذى حكم به للزبير فى سقى أرضه فلم يوافق غرضه « أن كان ابن عمتك . فغضب النبى صلى الله عليه وسلم ولم يعزره » . ولنا أن ما كان منصوصا عليه من التعزير كما فى وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصا عليه إذا رأى الإمام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لاينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد : وما علم أنه ينزجر بدونه لايجب وهو محمل حديث الذى ذكر للنبىّ صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فإنه لم يذكره للنبى صلى الله عليه وسلم إلا وهو نادم منزجر ، لأن ذكره له ليس إلا للاستعلام بموجبه ليفعل معه . وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمى هو النبى صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه . وفى فتاوى قاضيخان : التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجرى فيه اليمين : يعنى إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى بالنكول ، ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ماهو حق العبد وحق الله ، فحق العبد لاشك فى أنه يجرى فيه ما ذكر ، وأما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا أنه يجب على الإمام ، ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بمدّع شهد به فيكون مدعيا شاهدا إذا كان معه آخر . فإن قلت : فى فتاوى قاضيخان وغيره : إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أوّل مافعل يوعظ استحسانا فلا يعزّر ، فإن عاد وتكرر منه روى عن أبى حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون فى حقوق الله تعالى ، فإن حقوق العباد لايتمكن القاضى فيها من إسقاط التعزير . قلت : يمكن أن يكون محله ماقلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة ، لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضى والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى فى التعزير . وقوله ولا يعزّر : يعنى بالضرب فى أوّل مرة ، فإن عاد عزره حينئذ بالضرب ، ويمكن كون محمله حق آدمى من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا . وقد روى عن محمد فى الرجل يشتم الناس : إذا كان له مروءة وعظ ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان سبابا ضرب وحبس : يعنى الذى دون ذلك ، والمروءة عندى فى الدين والصلاح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزّر) بالإجماع إلا على قول داود فى العبد فإنه يحد به ، وقول ابن المسيب فى الذمية التى لها ولد مسلم قال : يحد به ،

أحد بعلة النيابة عن الله تعالى . وقوله (ومن قذف عبدا أو أمة) ظاهر .

لأنه جناية قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان فوجب التعزير (وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق أو ياكافر أو ياخبيث أو ياسارق) لأنه آذاه وألحق الشين به . ولا مدخل للقياس فى الحدود فوجب التعزير ، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته فى الجناية الأولى لأنه من جنس مايجب به الحد . وفى الثانية : الرأى إلى الإمام (ولوقال ياحمار أوياخنزير لم يعزّر) لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه . وقيل فى عرفنا يعزّر لأنه يعد شينا . وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاءوالعلوية يعزّر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك : وإن كان من العامة لايعزّر .

وإنما عزر (لأنه) أى هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق أو ياكافر أو ياخبيث أويا سارق) ومثله يالص أويافاجر أو يازنديق أو يامقبوح يا ابن القحبة ياقرطبان يامن يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطى أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربا ياشارب الخمر ياديوث يامخنث ياخائن يا مأوى الزوانى يا مأوى اللصوص يامنافق يايهودى عزر هكذا مطلقا فى فتاوى قاضيخان . وذكره الناطفى وقيده بما إذا قال لرجل صالح ، أما لو قال لفاسق يافاسق أو للص يالص أو للفاجر يافاجر لا شىء عليه ، والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين . فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه ، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل . وقيل فى يا لوطى يسأل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شىء عليه . وإن أراد أنه يعمل عملهم عزّر على قول أبى حنيفة وعندهما يحد ، والصحيح أنه يعزّر إن كان فى غضب . قلت : أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح . ولو قذفه بإتيان ميتة أو بهيمة عزّر . قال المصنف (إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته فى الجناية الأولى) وهو ما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنه من جنس مايجب به الحد) وهو الرمى بالزنا (وفى الثانية) وهوما إذا قذفه بغير الزنا من المعاصى (الرأى إلى الإمام) (قوله ولو قال ياحمار أو ياخنزير لم يعزّر) لأنه لم ينسبه إلى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا ، بل إنما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا . ومثله يابقر ياثور ياحية ياتيس ياقرد ياذئب ياحجام يابغاء ياولد حرام ياعيار ياناكس يامنكوس ياسخرة ياضحكة ياكشحان يا أبله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام ياابن الأسود وأبوه ليس كذلك ياكلب يارستاقى يامؤاجر ياموسوس لم يعزر. والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزّر فى الكشحان إذ قيل إنه قريب من معنى القرطبان والديوث ، والمراد به وبالقرطبان فى العرف الرجل الذى يدخل الرجال على امرأته ، ومثله فى ديار مصر والشام المعرّص والقوّاد ، وعدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة ، واختار الهندوانى أنه يعزر به وهو قول الأئمة الثلاثة لأن هذه الألفاظ تذكر للشتيمة فى عرفنا . وفى فتاوى قاضيخان فى ياكلب لايعزّر . قال : وعن الفقيه أبى جعفر أنه يعزّر لأنه يعد شتيمة ثم قال : والصحيح أنه لايعزّر لأنه كاذب قطعا انتهى . وفى المبسوط : فإن العرب لاتعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب . وذكر قاضيخان عن أمالى أبى يوسف فى ياخنزير ياحمار يعزّر ، ثم قال : وفى رواية لمحمد لايعزّر : وهو الصحيح : والمصنف استحسن التعزير إذا كان المخاطب من الأشراف فتحصلت ثلاثة : المذهب وهو ظاهر الرواية لايعزّر مطلقا ، ومختار الهندوانى يعزر مطلقا . والمفصل بين كون المخاطب من الأشراف فيعزر قائله

وقوله (فى الجناية الأولى) يعنى ما إذا قذف عبدا أوأمة أو أم ولد بالزنا (لأنه) أى القذف بالزنا (من جنس مايجب فيه الحد) وقوله (فى الثانية) يعنى قوله يافاسق الخ . وقوله (لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لأن كل أحد يعلم أنه آدمى ، وأن القاذف كاذب ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع . وأما مايجرى على ألسنة الفقهاء من التثقيل إن

وهذا أحسن . والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات . وقال أبو يوسف : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا » والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » وإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد وهو حد العبد فى القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا . وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه ، وهو قول زفر وهو القياس ، وفى هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن على ّ فقلده ،

أو لا فلا ، ويعزر فى مقامر وفى قذر ، قيل وفى بليد وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) عند أبى حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا . والأصل) فى نقصه عن المحدود (قوله عليه الصلاة والسلام « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين ») ذكر البيهقى أن المحفوظ أنه مرسل ، وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ، ورواه ابن ناجية فى فوائده : حدثنا محمد بن حصين الأصبحى ، حدثنا عمر بن على المقدمى ، حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بلغ » الحديث . ورواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار مرسلا فقال : أخبرنا مسعر بن كدام قال : أخبرنى أبو الوليد (١) بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بلغ » الحديث ، والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم ، وإذا لزم أن لا يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى صرافة عموم النكرة فى النفى فصرفاه إليه فنحاه عن حد الأرقاء لأن الأربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ إليهما بالنص المذكور ، خصوصا والمحل محل احتياط فى الدرء (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية ثم نقص سوطا فى رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من أفراد المسكوت عن النهى عنه ، وفى ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون . قيل وليس فيه معنى معقول . وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر فى تعزير رجل بتسعة وسبعين ، وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للأربعة الأخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذى كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين ، وإنما أمر بتسعة وسبعين ، قال : وروى مثله عن عمر : يعنى خمسة وسبعين وليس بصحيح . ونقل عن أبى الليث قال :

صح فعلى حذف المفعول الأول ، والتقدير من بلغ التعزير حدا فى غير حد ، وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح ، وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا فى غير حد فهو من المعتدين (فإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد) وهو حد العبد فى القذف (فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لأن من اعتبر حد الأحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد ، والتنكير فى الحديث ينافيه . ووجه نقصان السوط الواحد فى المذهبين جميعا هو أن البلوغ إلى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقن به نظيره وقت الصلاة ، فإن الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذى لا يتجزأ ، وكلامه واضح .

(قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول : هو كلام صاحب النهاية (قوله فصرفاه إليه وذلك أربعون الخ) أقول : للتيقن قال الإتقانى : قوله فصرفاه إليه : أى صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير إلى أدنى الحد فنقصا منه سوطا اهـ . والأوجه أن يقال : أى فصرفا الحد المذكور فى الحديث إلى أدنى الحد (قوله والتنكير فى الحديث ينافيه) أقول : المطلق قد ينصرف إلى الكامل كما بين فى علم الأصول ، فقوله والتنكير ينافيه ممنوع .

(١) بهامش نسخة العلامة البحراوى : الذى فى نسخ التخريج « الوليد » بحذف لفظ « أبو » فليحرر ، كتبه مصححه .

ثم قدر الأدنى فى الكتاب بثلاث جلدات لأن مادونها لايقع به الزجر . وذكر مشايخنا أن أدناه على مايراه الإمام فيقدر بقدر مايعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس .

قيل إن أبايوسف أخذ النصف من حد الأحرار وأكثره مائة . والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون . ومنع صحة اعتبار هذا الأخذ وهو لايضره بعد أن أثره عن على كما ذكر فى الكتاب من أنه قاله عليا فيه ، وكونه لايعقل يؤكده ، إذ الغرض أن مالا يدرك بالرأى يجب تقليد الصحابى فيه ، وإنما يتم جوابه بمنع ثبوته عن على كما قال أهل الحديث أنه غريب : ونقله البغوى فى شرح السنة عن ابن أبى ليلى ، وبقولنا قال الشافعى فى الحر ، وقال فى العبد تسعة عشر لأن حد العبد فى الخمر عنده عشرون وفى الأحرار أربعون . وقال مالك : لاحد لأكثره ، فيجوز للإمام أن يزيد فى التعزير على الحد إذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا لهوى النفس ؛ لما روى أن معن بن زائدة ٧ عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا . فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه ، فكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه فضربه مائة ونفاه . وروى الإمام أحمد بإسناده أن عليا أتى بالنجاشى الشاعر قد شرب خمرا فى رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا لفطره فى رمضان . ولنا الحديث المذكور . ولأن العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق مافرض بالزنا ، وحديث معن يحتمل أن له ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره وأخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها ، وحديث النجاشى ظاهر أن لا احتجاج فيه ، فإنه نص على أن ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان ، وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضا الرواية الأخرى القائلة إن عليا أتى بالنجاشى الشاعر وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين ، وقال : ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وإفطارك فى رمضان ، فأين الزيادة فى التعزير على الحد فى هذا الحديث . وعن أحمد لايزاد على عشرة أسواط ، وعليه حمل بعض أصحاب الشافعى مذهب الشافعى لما اشتهر عنه من قوله : إذا صح الحديث فهو مذهبى ، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام فى الصحيحين وغيرهما من حديث أبى بردة أنه قال « لايجلد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله » وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير إنكار أحد . وكتب عمر إلى أبى موسى رضى الله عنهما أن لاتبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا ، ويروى ثلاثين إلى الأربعين . وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ماذكر مما تقدم من أنه ليس فى التعزير شىء مقدر بل مفوض إلى رأى الإمام : أى من أنواعه ، فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره ، أما إن اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فإنه حينئذ لايزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الأدنى فى الكتاب) يعنى القدورى (بثلاث جلدات ، لأن مادونها لايقع به الزجر ، وذكر مشايخنا أن أدناه على مايراه الإمام بقدر مايعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدورى إنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به ، وبه صرح فى الخلاصة فقال : واختيار التعزير إلى القاضى من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدورى إنه إذا وجب العزير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة ، لأنه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل مايلزم أقله إذ ليس وراء الأقل شىء وأقله ثلاثة ، ثم يقتضى أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل مايجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه . فلو رأى أنه لاينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه

وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه ؛ فيقرب المس والقبلة من حد الزنا، والقذف بغير الزنا من حد القذف. قال (وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه ، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير .

أقل مايجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لاينزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لايبلغ قدر ذلك ويضربه الأكثر فقط . نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمى بغير الزنا من المعاصي من حد القذف ، وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل : معناه يعزّر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ، ويعزر في قوله نحو يا كافر وياخبيث أقل جلدات التعزير ، لكن في فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير إن كان من جنس مايجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير ، وإن كان من جنس مالا يجب به حد القذف لايجب أقصاه فيكون مفوضا إلى رأى الإمام (قوله وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لاينزجر بها أوهو في شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس (لأن الحبس صلح تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لايضربه ويحبسه أياما عقوبة له فعل ، ذكره في الفتاوى وغيرها ، وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع في الجملة) وهو ماسلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة (فجاز أن يضمه) إذا شك في انزجاره بدونه (قوله ولهذا) أى ولأن الحبس بمفرده يقع تعزيرا تاما (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أى لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لايحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود ؛ وهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ماشهدوا به ، فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته ، بخلاف الحد ، لأنه إذا شهدوا بموجبه

وقوله (فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا) يعني فيكون فيه أكثر الجلدات. وقوله (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعني فيكون فيه أقل الجلدات . وقوله (لأنه) يعني الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ماروى« أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير» (وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة) لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير : أى لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يافاسق أو ياكافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود . وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى . وفي باب الأموال والتعزير لايحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس ، فلوحبسا بالتهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يأباه الشرع ، ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير ، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك ، كما أن للإمام الرأى

قال (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى إلى فوات المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال (ثم حد الزنا) لأنه ثابت بالكتاب ، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به (ثم حد القذف) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث

ولم يعدلوا حبس ، لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة (قوله وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى إلى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد . وذكر فى المحيط أن محمدا ذكر فى حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء . وذكر فى أشربة الأصل يضرب التعزير فى موضع واحد ، وليس فى المسئلة روايتان بل موضوع ماذكر فى الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ماجمع المتاع قبل الإخراج ، وإذا بلغ غاية التعزير فرق على الأعضاء وإلا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه . وموضوع ما فى الأشربة ما إذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها ، وإذا حد عددا يسيرا فالإقامة فى موضع واحد لاتفسده ، وتفريقها أيضا لايحصل منه مقصود الانزجار فيجمع فى محل واحد ، وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لاجمعه فى عضو واحد كما قيل إذا صح أنه لايجمع فى عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلى التعزير فى الشدة (لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو إتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لأنه ثبت بإجماع الصحابة لكن لايتلى فى القرآن ، وفى زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ماتقدم (ولأن سببه متيقن) فيكون سببيته لاشبهة فيها ، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لامتيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار وهما لايوجبان اليقين . فإن قيل : يفيد أنه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو أن الثابت بهما كالثابت بالمعاينة . قلنا : كذلك القذف يثبت بالبينة أو الإقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما ، بخلاف القذف لأن سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لايتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه إليه (ولأنه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث .

فى تقدير الضربات فكذلك فى ضم الحبس إلى الضرب . قال : وأشد الضرب التعزير . قال الحاكم فى الكافى : وضرب التعزير أشد من ضرب الزانى ، وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف ، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك . وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا فى وصفه كى لا يؤدى إلى تفويت المقصود) وهو الزجر . واختلف المشايخ فى شدته ، قال فى شرح الطحاوى : قال بعضهم : هو الجمع فى عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء ، بخلاف سائر الحدود . وقال بعضهم : لا بل شدته فى الضرب لا فى الجمع ، ويدل على ذلك ماروى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضى الله عنها فضربه عمر رضى الله عنه ثلاثين سوطا كلها يبضع ويحدر : أى يشق ويورم . ومعلوم أن عمر رضى الله عنه ضربه بطريق التعزير ، ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ، فلوكان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشىء بنفسه . وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر .

(قال المصنف : ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) أقول : قال صاحب الكافى فى حدود الأصل : يفرق التعزير على الأعضاء .

الوصف (ومن حدّه الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر) لأنه فعل مافعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته لأنه مطلق فيه ، والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق . وقال الشافعى : تجب الدية فى بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه ، إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية فى بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم . قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان .

الوصف) وهو شدّة الضرب ، ولأن الشرب ينتظم القذف كما قال علىّ رضى الله عنه : إذا شرب هذى وإذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا إلى المظنة فلا يغلظ بالشدة ، فأشدها التعزير وأخفها حد القذف . وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير . وقال مالك : الكل سواء لأن المقصود من الكل واحد . ثم ذكر فى المبسوط بأنه يحد ويعزر فى إزار واحد . وفى فتاوى قاضيخان : يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه ، وينزع الحشو والفرو ولا يمد فى التعزير (قوله ومن حده الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد . وقال الشافعى رحمه الله : يضمن ثم فى قول تجب الدية فى بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم الذى يلحقه بسبب عمله لهم عليهم ، وفى قول على عاقلة الإمام لأن أصل التعزير غير واجب عليه ، ولو وجب فالضرب غير متعين فى التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته ، وهذا يخص التعزير ونحن نقول : إن الإمام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له فى التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة كما فى الفصاد) لأنه لابد له من الفعل وإلا عوقب ، والسلامة خارجة عن وسعه ، إذ الذى فى وسعه أن لايتعرض لسببها القريب ، وهو بين أن يبالغ فى التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه ، أو يفعل مايقع زاجرا وهو ماهو مؤلم زاجر ، وقد يتفق أن يموت

وقوله (ومن حده الإمام أوعزره فمات فدمه هدر) ذكر مسئلتين : إحداهما مبنية على الأمر وهو لايقتضى السلامة فى إتيان المأمور به ، والأخرى على الإطلاق وهو نقيضها . والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به وهو من الإثباتات وهى لاتقبل التعليق بالشرط لأنه حينئذ يشبه القمار ، ولأنه لما وجَب على المأمور ذلك الفعل بالأمر فيأتى المأمور بما فى وسعه غير مراقب للسلامة لأنه قد لايتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور فى ضرب الوجوب ، وأما الإطلاق فإسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ، ولأن الفعل المطلق فى اختيار فاعله لأنه حق الفاعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فينبغى أن يتقيد بوصف السلامة لأنه لاضرورة فى ترك وصف السلامة كالمرور فى الطريق (وقال الشافعى فى التعزير : تجب الدية فى بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية فى بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم . قلنا : إنه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان) والله أعلم .

وفى أشربة الأصل يضرب التعزير فى موضع واحد ، وليس فى المسئلة اختلاف الروايتين ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع . فموضوع الأول إذا بلغ التعزير أقصاه بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ماجمع المتاع قبل الإخراج . وموضوع الثانى إذا لم يبلغ أقصاه بأن كان فيما عدا هذين الموضعين اهـ . وفى فتاوى الإمام التمرتاشى فى التعزير : لا يفرق الضربات لأنه قليل ، ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الإلية . وفى المنتقى : قالوا هذا فى أدنى التعزير وهو ضرب سوط أوسوطين أو ثلاثة أسواط ، وأما فى أقصاه فيفرق اهـ (قال المصنف : ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول : يقال ذهب دمه هدرا ، أى باطلا . واعلم أن هذا ينبغى أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر فى باب الشهادة على الزنا من أنهما غرما بيت المال لو مات من الجلد (قال المصنف : فى بيت المال) أقول : وفى قول آخر فى ماله كما سبق فى باب الشهادة على الزنا (قال المصنف : من غير واسطة) أقول : أى من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الإتلاف خطأ منه (قوله وأما الإطلاق فإسقاط) أقول : الإطلاق رفع القيد .

الإنسان به فلا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه ، بخلاف المباحات فإنها رفع الجناح فى الفعل وإطلاقه ، وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور فى الطريق والاصطياد ولهذا يضمن إذا عزّر امرأته فماتت لأنه مباح ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به . وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه . وكذا المعلم إذا أدّب الصبى فمات منه يضمن عندنا والشافعى ، أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف ذكره فى المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لأنه ضمن المهر بذلك الجماع ؛ فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد .

[تتمة] الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه . قالوا : لو قال له ياخبيث الأحسن أن يكف عنه ، ولو رفع إلى القاضى ليؤدبه يجوز ، ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس ، وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة . وفى فتاوى القاضى : من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن إلى أن يظهر التوبة ، وفيها عن أبى يوسف : إذا كان يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج ، والساحر إذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شىء قبلت توبته ، وإن لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها ، وإن كانت المرتدة لا تقتل عندنا ، لكن الساحرة تقتل بالأثر ، وهو ما روى عن عمر أنه كتب إلى عماله اقتلوا الساحر والساحرة ، زاد فى فتاوى قاضيخان . وإن كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدرى كيف يقول فإن هذا الساحر يقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته . وفى الفتاوى : رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل . قال فى الخلاصة : هكذا ذكره القاضى مطلقا ، وهو محمول على ما إذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى . وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل ، وعلى هذا التقدير : أعنى عدم الحكم بارتداده فينبغى أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة . وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لأبيه ؟ قالوا : إن وقع فى قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب إليه ، وإن لم يقع فى قلبه لا يكتب ، وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ، ويعزّر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خمر ، والمفطر فى نهار رمضان يعزّر ويحبس ، والمسلم الذى يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزّر ويحبس ، وكذا المغنى والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة ، وكذا المسلم إذا شتم الذمى يعزّر لأنه ارتكب معصية ، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن إلى أن تظهر التوبة ، وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة ، والله أعلم .

(كتاب السرقة)

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعى فى ترتيبها

(كتاب السرقة)

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع فى ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الأموال ،

(كتاب السرقة)

(قوله لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول : أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والأعراض أيضا ،

السرقة فى اللغة أخذ الشىء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى ـ إلا من استرق السمع ـ وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لاغير ،

فى التعليم ترتب أسبابها فى المفاسد، فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ماهو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم . وأعظم المفاسد مايؤدى إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ، ويليه مايؤدى إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس من حيث أن عديم العقل لاينتفع بنفسه كعديم النفس ، ويليه مايؤدى إلى إفساد العرض وهو القذف فإنه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ، ويليه مايؤدى إلى إتلاف المال فإنه الأمر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فأخره . وللسرقة تفسير لغة وهو ماذكر فى الكتاب ، وهو أخذ الشىء من الغير على وجه الخفية ، ومنه استراق السمع وهو أن يستمع مستخفيا . وفى الشريعة هى هذا أيضا ، وإنما زيد على مفهومها قيود فى إناطة حكم شرعى بها ، إذ لاشك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى ، فإذا قيل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لايحسن ، بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لايتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة ، وتعمم الشبهة فى التأويل قيل : فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة . والنقل خلاف الأصل لايصار إليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ماهو المذهب المختار عند الأصوليين ، وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى ، والقطع بأنها للأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال إنها فى الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله ، والفرض أنه لايتبادر الدعاء قط . هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوى) يعنى الخفية (مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء) وذلك فى سرقة النهار فى المصر (أو ابتداء لاغير) وهى فى سرقة الليل ، فلذا إذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده قطع به

لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال ، والسرقة فى اللغة عبارة عما ذكر فى الكتاب ، وقوله تعالى ـ إلا من استرق السمع ـ معناه استمع إليه على وجه الخفية . وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة) هى أن يقال : السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوى) وهو أخذ الشىء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية : اعلم أن

فإن الأول صيانة جزئها ، والثانى صيانة مايتصل بها فإنه صيانة ماء الوجه (قوله لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول : لأن المال وقاية النفس ، فإن الله تعالى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ وقال الشاعر :

أصون عرضى بمالى لا أدنسه   لا بارك الله بعد العرض فى المال

(قوله وقوله وقد زيدت عليه ، إلى قوله : أن يقال السرقة الخ) أقول : هنا نوع مسامحة فى العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول : هذه هى السرقة التى توجب القطع ، وإلا فسرقة مادون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا ، فإن العبد إذا سرق مادون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع ، كذا فى الخلاصة وغيرها (قوله محرز التمول الخ) أقول : احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر ، فإن المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا التمول ، وكذا غيره لايقصد به التمول بل معرفة الحكم والأمثال (قوله غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل) أقول : احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه إذا قال أخذت لأجل حق فإنه

كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار . وفى الكبرى : أعنى قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه . وفى الصغرى : مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه، قال (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أومايبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب القطع) والأصل فيه قوله

للاكتفاء بالخفية الأولى ، وإذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لايقطع استحسانا وإن كان دخل خفية ، والقياس كذلك فى الليل ، لكن يقطع إذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة إذ قليلا مايخفى فى الدخول والأخذ بالكلية ، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لايعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لايعلم دخوله أو كانا لايعلمان قطع ، ولو علما لايقطع . ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة فى الصغرى هى الخفية عن عين المالك أومن يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية معتبرة فى الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الأخذ المذكور. وأما شرط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتى فى أثناء المسائل (قوله وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو مايبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب القطع . والأصل فى وجوب القطع قوله

مانقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام : أحدها ماهو المقرر على ما أنبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى ـ وجاء إخوة يوسف ـ ولما جهزهم بجهازهم ـ والثانى ما هو المعدول عما أنبأنا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم ، فإن الصلاة شرعا عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها إنباء لغوى وكذلك فى غيرها . والثالث ما أنبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شىء فيه شرعا كالسرقة على ماذكرناه ، وفيه نظر لأن الصلاة فى اللغة الدعاء وهى مقررة فى الشرع مع زيادة أوصاف . وكذلك الصوم هو الإمساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد . والمعانى اللغوية فى كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف . ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عندالمحصلين وقوله (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير مايكون معناه اللغوى موجودا فيه ابتداء وترك نظير الأول لظهوره ، وكان القياس أن لايقطع فيما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة : أى مقاتلة بسلاح لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار . والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لأنهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لامتنع القطع فى أكثر السرقات لأن أكثرها فى الليالى يصير مغالبة فى الانتهاء لأنه وقت لايلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعنى المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو مايبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لاشبهة فيه) على ماسيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله

أخذه متأولا (قوله فإن الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول : قال العلامة فخر الدين الزيلعى فى أول كتاب الصلاة : الصلاة فى اللغة العالية الدعاء، قال الله تعالى ـ وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم ـ أى ادع لهم ، وإنما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة . وفى الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة ، وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييرا لانقلا . وفى الغاية : والظاهر أنها منقولة لوجودها بدونه فى الأمى انتهى. وفيه تأمل، فإن الدابة منقولة إلى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصلى فيها (قوله والثالث ما أنبأ به مقرر الخ) أقول : أى ما أنبأ به اللغة (قوله وهى مقررة فى الشرع) أقول: فيه أن الصلاة ليس يلزم أن يشتمل على معنى الدعاء كما فى الأمى (قوله وإن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول : فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات (قال المصنف : وإذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول : قال فى الكنز : السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى . قال العلامة الزيلعى فى شرحه : قوله مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لايقطع ، بخلاف المهر حيث يصح

تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لاتتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ، ولابد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر فى الحقير ، وكذا أخذه لايخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب ، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا . وعند الشافعى التقدير بربع دينار . وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم . لهما أن القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا فى ثمن المجن ، وأقل مانقل فى تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل المتيقن به أولى ،

تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الآية ولابد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لاتتحقق دونهما) لأنها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (قوله ولابد من التقدير بالمال الخطير) اختلف فى أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لابد من مقدار معين لايقطع فى أقل منه ، فقال بالأول الحسن البصرى وداود والخوارج وابن بنت الشافعى لإطلاق الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ، ويسرق البيضة فتقطع يده » متفق عليه . ومن سوى هؤلاء من فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار على أنه لاقطع إلا بمال مقدر لقوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع إلا فى ربع دينار فصاعدا » متفق عليه ، فلزم فى الأول التأويل بالحبل الذى يبلغ عشرة دراهم ، وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ ، ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ مارويتم . قلنا : لا تاريخ ، بقى وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور ، فإن مثله فى باب الحدود متعين عند التعارض ، ثم قد نقل إجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد إطلاق الآية وبالعقل ، وهو أن الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كحبة قمح وهو مما يشمله إطلاق الآية (وكذا لايخفى أخذه فلايتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الأخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لأنها فيما يغلب) فإن مالا يغلب لايحتاج إلى شرع الزاجر لأنه لايتعاطى فلا حاجة إلى الزجر عنه ، فهذا مخصص عقلى بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالإجماع . ثم اختلف الشارطون لمقدار معين فى تعيينه ، فذهب أصحابنا فى جماعة من التابعين إلى أنه عشرة دراهم ، وذهب الشافعى إلى أنه ربع دينار ، وذهب مالك وأحمد إلى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لما روى من مالك فى موطئه عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق فى زمن عثمان بن عفان أترجة فأمر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنى عشر بدينار فقطع عثمان يده . قال مالك : أحبّ مايجب فيه القطع إلى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف

تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ) فإن الحكم إذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف ، والآية كما ترى عام ، لكنه لم يتناول الصبى والمجنون لأنه خطاب الشرع فهو تكليف ، ولا تكليف إلا مع العقل والبلوغ فلابد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء . وأما تقدير المال فلما ذكره فى الكتاب وهو قول فقهاء الأمصار . وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصرى رضى الله عنه مستدلا بظاهر الآية ، فإنه ليس فيه مايدل على النصاب أصلا ، بخلاف كونه مالا محرزا فإن لفظ السرقة يدل على ذلك ، لأن أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لاسرقة ، وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لايسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ . وقلنا : معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لأنه مشتق من السرقة وهى القطعة من الحرير فلا بد

جعلها مهرا . والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان ، وعلى هذا أوانى الفضة أو الزيوف إذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى . وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل ، فإنه يقال ذلك فيما إذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم وإلا فيتحقق الشبهة (قوله لأنه خطاب الشرع الخ) أقول : فيه أن الخطاب للأئمة لا للسراق (قوله لأنه مشتق) أقول : بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول : لعل هذا مبالغة .

غير أن الشافعى رحمه الله يقول : كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها . ولنا أن الأخذ بالأكثر فى هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد . وهذا لأن فى الأقل شبهة عدم الجناية وهى دارئة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع إلا فى دينار ، أو عشرة دراهم »

أو اتضع ، وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم ، وعثمان قطع فى أترجة قيمتها ثلاثة دراهم ، وهذا أحب ماسمعت إلىّ انتهى . وكون المجن بثلاثة فى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن قيمته ثلاثة دراهم . أخرجه الشيخان . وفى لفظ لهما عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم « لاتقطع يد السارق إلا فى ربع دينار فصاعدا » (غير أن الشافعى يقول : كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفى مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام « اقطعوا فى ربع دينار ، ولاتقطعوا فيما هو أدنى من ذلك » وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم . وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله أن القطع فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماكان إلا فى ثمن المجن أنه ماكان إلا فى مقدار ثمنه لاحقيقة اللفظ وهى أن المسروق كان نفس ثمنه فقطع به إذ ليس كذلك . بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الأخذ بالأكثر فى هذا الباب أولى احتيالا للدرء) فعرف أنه قد قيل فى ثمن المجن أكثر مما ذكر ، ويريد بذلك حديث أيمن . رواه الحاكم فى المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال : لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا فى ثمن المجن ، وثمنه يومئذ دينار . وسكت عنه . ونقل عن الشافعى أنه قال لمحمد بن الحسن رضى الله عنه : هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع فى ربع دينار فصاعدا ، فكيف قلت : لاتقطع اليد إلا فى عشرة دراهم فصاعدا ؟ فقال : قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أخى أسامة بن زيد : لأمه ، وأن الشافعى أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد . قال ابن أبى حاتم فى المراسيل : وسألت أبى عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال : تقطع يد السارق فى ثمن المجن ، وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ، قال أبى : هو مرسل ، وأرى أنه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة ، وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابى فهو ابن أم أيمن ، وأنه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعى آخر . وقال أبو الحجاج المزى فى كتابه : أيمن الحبشى مولى بنى مخزوم ، روى عن سعد وعائشة وجابر ، وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ، ثم قال أيمن مولى ابن الزبير ، وقيل مولى ابن أبى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى السرقة إلى أن قال : وعنه عطاء ومجاهد ، قال النسائى : ما أحسب أن له صحبة ، فقد جعله اسما لتابعين ، وأما ابن أبى حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا ، قال ابن أبى حاتم : أيمن الحبشى مولى ابن أبى عمر روى عن عائشة وجابر ، روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال : سمعت أبى يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال : مكى ثقة . وقال ابن حبان فى الثقات : أيمن بن عبيد الحبشى مولى لابن أبى عمر المخزومى من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء ، وابنه عبد الواحد بن أيمن ،

من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوى ، والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع

ثالثة من اشتراك اللفظ (قال المصنف : غير أن الشافعى) أقول : أنت خبير بأنه لايدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر ، وهذا الدفع المخالفة بين الروايتين (قال المصنف : وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول : فيه أنهم صرحوا بأن مايصلح علة لايصلح مرجحا .

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال فى الكتاب وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ،

وكان أخا أسامة بن زيد لأمه . وهو الذى يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : ومن زعم أن له صحبة فقد وهم . حديثه فى القطع مرسل ، فهذا يخالف الشافعى وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه صحابى حيث جعله من التابعين . وهكذا فعل الدارقطنى فى سننه ، أيمن لاصحبة له وهو من التابعين ، ولم يدرك زمان النبى صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده ، وهو الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن ثمن المجن دينار ، روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد . والحاصل أنه اختلف فى أيمن راوى قيمة المجن هل هو صحابى أو تابعى ثقة ، فإن كان صحابيا فلا إشكال . وإن كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الإمام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل ، والإرسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره . وحينئذ فقد اختلف فى تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الأخذ بالأكثر هنا لإيجاب الشرع الدرء ماأمكن فى الحدود ، ثم يقوى بما رواه النسائى أيضا بسنده عن ابن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ، وأخرجه الدارقطنى أيضا ، وأخرجه هو وأحمد فى مسنده عن الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وكذا إسحاق بن راهويه . وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه فى كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مابلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه » وكان ثمن المجن عشرة دراهم . قال المصنف : وتأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ، ومن طريقه الطبرانى فى معجمه ، وأشار إليه الترمذى فى كتابه الجامع فقال : وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لاقطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم . وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود ، والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى . وهو صحيح لأن الكل ما رووه إلا عن القاسم ، لكن فى مسند أبى حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال : كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عشرة دراهم ، وهذا موصول وفى رواية خلف بن ياسين عن أبى حنيفة : إنما كان القطع فى عشرة دراهم . وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبى حنيفة يرفعه « لاتقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم » فهذا موصول مرفوع ، ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لادخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعنى فى الحديث وهوقوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فإذا أطلق بلا قيد ، فهو وجه اشتراط كونها مضروبة فى القطع كما ذكره فى القدورى (وهو ظاهر الرواية وهو الأصح) للظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجناية) لأنها شرط العقوبة ، وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لايقطع

إلا فى دينار أوعشرة دراهم » رواه الترمذى فى جامعه عن ابن مسعود . وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة ، واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة فى الحديث ، والمراد بالكتاب القدورى ، وقوله (وهو الأصح) احتراز عما روى الحسن عن أبى حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء ، وكلامه ظاهر . فإن قلت : روت عائشة رضى الله عنها أن يد السارق لم تقطع فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم

حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لايجب القطع ، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه هو المتعارف فى عامة البلاد . وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا ، ولا بد من حرز لاشبهة فيه لأن الشبهة دارئة ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى .

بها ، ولو تجوّز بها لأن نقصان الوصف بنقصان الذات ، وعن أبى يوسف يقطع بها إذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرا) أى فضة غير مضروبة صكا (قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لايجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يقطع للإطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعنى المعتبر فى وزن الدراهم التى يقطع بعشرة منها مايكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما فى الزكاة ، وتقدم بحثنا فيها فى الزكاة وهو أنه ينبغى أن يراعى أقل ماكان من الدراهم على ماقالوا ، وأما هنا فمقتضى ماذكروه من أن الدراهم كانت فى زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف . صنف وزن خمسة ، وصنف وزن ستة ، وصنف وزن عشرة أن يعتبر فى القطع وزن عشرة ، فهذا مقتضى أصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد ، وما كان دارئا كان أولى . لايقال : هذا إحداث قول ثالث لأنا نقول : لانسلم فإنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع ، فإن ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثورى وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ، ثم هذا البحث إلزام على قولهم إن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما إن قيل كالشافعية أنها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أى قول القدورى (أو مايبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهبا) حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لايقطع ، ذكره فى المحيط . قال : والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به فى الحديث مايكون متقوّما به لاقيمة الوقت ، أى يكون دينارا قيمته عشرة

إلا فى ثمن مجن حجفة أو ترس، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم ، وقد أخذ به مالك رضى الله عنه ، وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقطع فى ربع دينار فصاعدا ، وبه أخذ الإمام الشافعى رضى الله عنه فما وجه دفع ذلك ؟ قلت : مدلول الحديثين واحد لأن قيمة الدينار كانت اثنى عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ، ويعارضهما ما روى فى السنن وشرح الآثار مسندا إلى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا فى مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم ، ولما تعارضا ولا مرجح صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « لاقطع إلا فى دينار » الحديث ، وإلى المعقول وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به

(قوله إلا فى ثمن مجن حجفة) أقول : بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن قوله ولا مرجح ممنوع ، وأما ثانيا فلأن شرحه لايطابق المشروح ؛ ألا ترى إلى قول صاحب الهداية : إن الأخذ بالأكثر فى هذا الباب أولى الخ (قوله وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول : فيه بحث إذ ماادعاه من الاستلزام غير ظاهر ، بل الظاهر عكس ذلك . والجواب أن مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فإنه مختلف فيه ، وأدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة فتأمل (قال المصنف : إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا) أقول : فيه تأمل ، فإن المذكور فى الحديث الذى رواه أصحابنا وإلا فى دينار أو عشرة دراهم» فما بالهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه فى الذكر والاحتيال فيه للدرء أشد ، ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما أياما كان لم أقف على وجهه فى كتبهم إلى الآن ، ولعل مستندهم أن تقويم المجن وقع بالدراهم فى الرواية التى أخذوا بها ، وفيه تأمل ، وجواب ذلك مذكور فى الكافى فراجعه .

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) لأن النص لم يفصل ، ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس (ويجب القطع بإقراره مرة واحدة ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايقطع إلا بالإقرار مرتين) وروى عنه أنهما فى مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا فى الزنا . ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة

دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا فى الوقت كذلك أو لافلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السعر ، ولابد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع ، إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين ، فعلى هذا إذا سرق فى بلد ماقيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمتها فيها أقل لايقطع ، وفى قول الطحاوى يعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط . ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوكة لايقطع لأنه يخالف النص ، وهو قوله « لاقطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » فى محل النص ، وهو أن يسرق وزن عشرة ، ولابد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ ، وعليه ذكر فى التجنيس من علامة النوازل : سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لايقطع ، وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند : إذا سرق ثوبا لايساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لايقطع ، وقال : وهذا إذالم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة ، فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ؛ ألا يرى أنه لوسرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوى درهما ، ولابد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لوسرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع ، بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لايقطع ، ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة ، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لايقطع (قوله والعبد والحر فى القطع سواء لأن النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لأن الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لأموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة ، ومالا كمل ضرورة وإلا أهدر السبب فى حقه ، بخلاف الزنا فإن له حدين الجلد والرجم ، فانتظم النص الحر والمرقوق فى الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله تعالى - فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء (قوله ويجب القطع بإقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد) ومالك والشافعى وأكثر علماء هذه الأمة (وقال أبو يوسف : لايقطع إلا بالإقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة ، ويروى عن أبى يوسف اشتراط كون الإقرارين فى مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى ، أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لأن عدم التساوى إنما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله (أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة) السرقة ظهرت بالإقرار مرة واحدة لأنها تظهر بشهادة شاهدين ، وكل مايظهر بشهادة شاهدين يظهر بالإقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما ، وكل مايظهر بالإقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة إلى الزيادة ، وإذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بأن الزنا أيضا يظهر بالإقرار مرة ساقطا

(قوله وجدت الاعتراض ، إلى قوله : ساقطا) أقول : الاعتراض للسغناقى .

فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الإقرار شيئا لأنه لاتهمة ، وباب الرجوع فى حق الحد لاينسد بالتكرار والرجوع فى حق المال لايصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه، واشتراط الزيادة فى الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع .

اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم « ما إخالك سرقت ؟ فقال : بلى يارسول الله ، فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا ، فأمر به فقطع » فلم يقطعه إلا بعد تكرر إقراره : وأسند الطحاوى إلى على رضى الله عنه أن رجلا أقرّ عنده بسرقة مرتين فقال : قد شهدت على نفسك شهادتين ، فأمر به فقطع فعلقها فى عنقه . وأما المعنى فإلحاق الإقرار بها بالشهادة عليها فى العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار به بعدد الشهود نظيره إلحاق الإقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه . ولأبى حنيفة ما أسند الطحاوى إلى أبى هريرة فى هذا الحديث « قالوا يارسول الله إن هذا سرق ، فقال : ما إخاله سرق، فقال السارق: بلى يارسول الله، قال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به ، قال: فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له: تب إلى الله عز وجل ، فقال : تبت إلى الله عز وجل ، فقال : تاب الله عليك » فقد قطعه بإقراره مرة، وأما المعنى فعارض بحد القذف والقصاص وهو وإن لم يكن حدا فهو فى معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لأن اعتبار العدد فى الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة فى الإقرار، إذ لايتهم الإنسان فى حق نفسه بما يضره ضررا بالغا ، على أن الإقرار الأول إما صادق فالثانى لايفيد شيئا إذ لايزداد صدقا ، وإما كاذب فبالثانى لايصير صدقا فظهر أنه لافائدة فى تكراره .
فإن قيل : فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع فى حق الحد لاينتفى بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل فى الحدود ولا يصح فى المال رجوعه بوجه (لأن صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه ، وأما النظر المذكور : أعنى اشتراط كون الإقرار بالزنا متعددا كما فى الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس ، وكيف وحكم أصله وهو الزيادة فى العدد معدول عن القياس ، فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار فى الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

[فروع من علامة العيون] قال أنا سارق هذا الثوب : يعنى بالإضافة قطع ، ولو نوّن القاف لايقطع لأنه على الاستقبال ، والأول على الحال . وفى عيون المسائل قال : سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع فى العشرة دنانير ويضمن مائة درهم ، هذا إذا ادعى المقر له المالين ، وهو قول أبى حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى فى حق القطع ولم يصح فى حق الضمان . وصح الإقرار بالسرقة الثانية فى حق القطع وبه ينتفى الضمان ، بخلاف مالو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا

(قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس إحدى الحجتين بالأخرى ببيان الفارق ، وهو ماذكر أن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الإقرار شيئا لأنه لاتهمة فيه . وقوله (وباب الرجوع)جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما فى الزنا . ووجه ذلك أنه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه فى حق الحد لأنه لامكذب له فيه ، بخلاف الرجوع عن المال فإن له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح ، فظهر بهذا أن لافائدة فى تكرار الإقرار لا فى حق القطع ولا فى حق إسقاط ضمان المال بالإقرار . وقوله (واشتراط الزيادة فى الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا فى الزنا ،

قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق . وينبغى أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر فى الحدود . ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة .

يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الأولى لايدعيها المقر له ، بخلاف الأولى ؛ ولوقال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ، ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لايدعيها المسروق منه ، ولو أنه صدقه فى الرجوع إلى المائة لاضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كما فى سائر الحقوق) وهذا بإجماع الأمة (قوله وينبغى أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة) أى كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لايقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لايقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة ، وأخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقا له على الباب فأخرجه ويسألهما (عن ماهيتها) فإنها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم ، وعند التقادم إذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على مامر ، وتقدم أيضا ما أورد من أن التقادم ينبغى أن لايمنع قبول الشهادة على القطع لأن الشاهد لايتهم فى تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان . ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق فى دار الحرب من مسلم ، وهذ بخلاف مالو كان ثبوت السرقة بالإقرار حيث لايسأل القاضى المقر عن الزمان لأن التقادم لايبطل الإقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقى الشروط من الحرز وغيره اتفاقا . وفى الكافى : وعن المسروق إذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما فى الثمر والكثرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب . وعن المسروق منه لأن السرقة من بعض الناس لاتوجب القطع كذى الرحم المحرم ومن الزوج . وقال فى المبسوط : لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لأنه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه ، وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لايستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن

(وينبغى أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فإنه لايقطع فيه عند أبى حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه ، وهذا مشكل لأن ماهية السرقة على ماقدمنا لايذكرها إلا آحاد الفقهاء فيحتاج إلى حضور الفقهاء شرطا لظهوره ، وفى ذلك سد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة ، بخلاف ما إذا ثبت بالإقرار ، فإن التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان . فإن قيل : الشاهد فى تأخير الشهادة هنا غير متهم لأنه لايقبل شهادته بدون الدعوى فينبغى أن لايسأل فيما إذا ثبت بالبينة كما لايسأل فيما إذا ثبت بالإقرار . قلنا : إن الجواب قد تقدم فى باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو فى دار الحرب . وقال فى المحيط : ويسألهما عن المسروق منه أيضا لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ، ولعله مستغنى عنه لأن المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك . وقوله (ويحبسه) أى المشهود عليه لأنه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة .

(قوله لأن المسروق منه حاضر يخاصم الخ) أقول : فيه تأمل . (قال المصنف : ويحبسه) أقول : تعزيرا لا توثيقا . قال الإتقانى بالنصب عطف على قوله إن يسألهما ، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى . وقد مر فى أوائل الحدود مايتعلق بالدرء فراجعه .

(قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع . وإن أصابه أقل لايقطع) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه .

باب مايقطع فيه ومالايقطع

يقول سرق مالي وأنا مولاه أو جده ، وإنما يسأل عن هذه الأمور احتياطا للدرء ، وإذا بينوا ذلك على وجه لايسقط الحد ، فإن كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه ، وإن لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لأنه صار متهما بالسرقة ، والتوثق بالتكفيل ممتنع لأنه لا كفالة في الحدود وهنا نظر ، وهو أن إعطاء الكفيل بنفسه جائز ، وعلى قول أبي يوسف يجبر ، ولم يقع تفصيل في هذا الحكم : أعني حبسه عند إقامة البينة حتى يزكوا ، ومقتضى ماذكر من أنه يحبس بتهمة مايوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لايعدل عن حبسه بسبب مالزمه من التهمة بالفساد في الأرض ، ولذا ذكر في الفتاوى : من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة . بخلاف من يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة فإنه يحبس ويؤدب ثم يخرج . وفي التجنيس من علامة النوازل : لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله ، وله أن يأخذه . وللإمام أن يحبسه حتى يتوب لأن الحبس زجرا للتهمة مشروع ، وإذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه إلا بحضرته . وإن كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا . وكذلك في الموت ، وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص إن لم يحضروا استحسانا هكذا في كافي الحاكم (قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصاب أقل لايقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما إذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي ، وعند مالك يقطعون وإن لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص . قلنا : القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد : يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لايوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ماسرقه نصابا ، والله أعلم .

(باب مايقطع فيه وما لا يقطع)

مايقطع فيه هو المسروق ، وهو متعلق السرقة إذ هو محلها ، فهو ثان بالنسبة إلى نفس الفعل فلذا أخره عن

وقوله(وإذا اشترك جماعة) ظاهر . واستشكل بما إذا قتل جماعة واحدا فإنهم يقتلون كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال . وأجيب بأن القصاص يتعلق بإخراج الروح وهولايتجزأ فيضاف إلى كل واحد منهم كملا ، والله أعلم .

(باب مايقطع فيه وما لايقطع)

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لايوجبه وإن وجد فيه النصاب ، ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب ،

(باب ما يقطع فيه وما لايقطع)

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول : القائل هو الإتقاني .

(ولاقطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والأصل فيه حديث عائشة قالت: كانت اليد لاتقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فى الشىء التافه، أى الحقير . وما يوجد جنسه مباحا، فى الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه

بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لاقطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الإسلام) أى إذا سرق من حرز لاشبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكا . التافه والتفه: الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) بريا أو بحريا (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة : الطين الأحمر ويجوز إسكانها (والنورة) (قوله الأصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها) هو ماروا ه ابن أبى شيبة فى مصنفه . ومسنده : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة ، عن عروة ، عن عائشة قالت : لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه . زاد فى مسنده : ولم يقطع فى أدنى من ثمن حجفة أو ترس . ورواه مرسلا أيضا : حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه . وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه : أخبرنا ابن جريج عن هشام به . وكذا إسحاق بن راهويه . أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ، ورواه ابن عدى فى الكامل مسندا أخرجه عن عبدالله بن قبيصة الفزارى عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ، ولم يقل فى عبدالله هذا شيئا إلا أنه قال لم يتابع عليه . ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لأبين أن فى روايا ته نظرا ، ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة ، وقد تقدم وصله من حديث ابن أبى شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان ، وإذا عرف هذا فقال المصنف (مايوجد جنسه مباحا فى الأصل بصورته) أى الأصلية بأن لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الأبواب والأوانى من الخشب ، و(غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع فى كل ذلك ، وعلى هذا نظر بعضهم فى الزرنيخ فقال : ينبغى أن يقطع به لأنه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الأموال ، بخلاف الخشب ، لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصا ، بخلاف الساج والآبنوس . واختلف فى الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه فى الدكاكين . وقوله (تقل الرغبات فيه) يعنى فلا تتوفر الدواعى على استحصاله وعلى المعالجة

لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه ، وإن أصابه أقل كان مما لايقطع فيه لأن هذا الباب لبيان مايقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لاقطع فيما يوجد تافها) ظاهر ، والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الأحمر ، وتسكين الغين فيه لغة . وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ ، وقوله حقير خبره . وقوله (بصورته) احتراز عن الأبواب والأوانى المتخذة من الخشب والحصر البغدادية ، فإن فى سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب ، وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المتقوّمة . وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فإنها توجد مباحا فى دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب . وروى هشام عن محمد : إذا سرقها على الصورة التى توجد مباحة وهى أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لايقطع . وجه الظاهر أنها ليست بتافه جنسا ، فإن كل من يتمكن من أخذه لايتركه عادة . وقوله (تقل الرغبات فيه) جملة استئنافية .

(قال المصنف : غير مرغوب) أقول : قال السكاكى وصاحب النهاية : قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا ، وأما الشارح جعله حالا .

والطباع لاتضن به . فقلما يوجد أخذه على كره من المـالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر . ولهذا لم يجب القطع فى سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ؛ ألا يرى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل فى الدار للعمارة لاللإحراز والطير يطير والصيد يفرّ وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة ، والحد يندرئ بها . ويدخل فى السمك المـالح والطرى ، وفى الطير الدجاج والبط والحمام لمـا ذكرنا ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى الطير »

فى التوصل إليه (ولا تضن به الطباع) إذا أحرز ، حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المـالك) ولا ينسب إلى الجناية بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة ، وما هو كذلك لايحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب . قال المصنف (ولأن الحرز فيها ناقص) فإن الخشب بصورته الأولى يلقى على الأبواب ، وإنما يدخل فى الدار للعمارة لا للإحراز ، وذلك فى زمانهم . وأما فى زماننا فيحرز فى دكاكين التجار . قال (والطير يطير) يعنى من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه . والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فى الصيد قبل الإحراز بقوله عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أى الأصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الإحراز فيمتنع القطع . والوجه أن يحمل على أن الشبهة العامة الثابتة فى الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاثة » فإنما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلإ ففيه قصور أيضا . قال (ويدخل فى السمك المـالح والطرى) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفى الطير الدجاج والبط والحمام لمـا ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير فيقل إحرازه عنه . وأما قوله (ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع فى الطير ») فحديث لايعرف رفعه ، بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفى عن عبد الله بن يسار ، قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه ، فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان : لا قطع فى الطير ، ورواه ابن أبى شيبة عن عبد الرحمن بن مهدى عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى فى ذلك السائب بن يزيد ، فقال : ما رأيت أحدا قطع فى الطير ، وما عليه فى ذلك قطع ، فتركه عمر . فإن كان هذا مما لامجال للرأى فيه فحكمه حكم السماع ، وإلا فتقليد الصحابى عندنا

وقوله (والطباع لاتضن به) أى لاتبخل بفتح الضاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضا . وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أى قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الأشياء منه ، بل يرضى بالأخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر . وقوله (والطير يطير والصيد يفرّ) يعنى لمـا كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر فى مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الأبواب . وقوله (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) اى الصفة التى كان عليها وهى مشتركة يحترز به عن الأبواب والأوانى المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أى شبهة الإباحة بعد إحرازه (والحد يندرئ بها) وفى التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء فى ثلاثة : فى الكلإ ، والمـاء ، والنار » وقوله (لمـا ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المـالح هو المقدّد الذى فيه الملح .

(قوله لحوق الملالة) أقول : الظاهر أن يقال لحوق المشقة (قوله يعنى كان الأمر كذلك الخ) أقول : الأولى أن يقال ولمـا كان الأمر كذلك كان فى حرزه نقصان ، فإن قوله ألا يرى أن الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز.

وعن أبي يوسف أنه يجب القطع فى كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى ، والحجة عليهما ماذكرنا . قال (ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى ثمر ولا كثر » والكثر الجمار ، وقيل الودى . وقال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى الطعام » والمراد والله أعلم مايتسارع إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما فى معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع فى الحنطة والسكر إجماعا . وقال الشافعى : يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى ثمر ولا كثر » فإذا آواه الجرين أو الجران قطع »

واجب لماعرف (قوله وعن أبي يوسف أنه يجب القطع فى كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه إلا فى الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ ، لأن ماسوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها ، والإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التملك (وهو قول الشافعى والحجة عليهما ماذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره فى الإيضاح وشرح الطحاوى ، ولا فرق فى عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعى لماروى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبى داود والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو « أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ، ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » أخرجه أبو داود عن ابن عجلان ، وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الأخنس وعن محمد بن إسحاق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به . وأخرجه النسائى أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به ، وفى رواية « أن رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجريسة التى تؤخذ من مراتعها فقال : فيها ثمنها مرتين ، وضرب ونكال ، وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ مايؤخذ من ذلك ثمن المجن ، قال : يارسول الله فالثمار وما أخذ منها فى أكمامها ؟ فقال : من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال ، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع » رواه أحمد والنسائى ، وفى لفظ « ماترى فى الثمر المعلق ؟ فقال : ليس فى شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين ، فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال » ورواه الحاكم بهذا المتن ، وقال : قال إمامنا إسحاق بن راهويه ، إذا كان الراوى عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ، رواه ابن أبى شيبة ، ووقفه على عبد الله بن عمرو قال :

وقوله (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعنى حديث عائشة وما ذكر بعده . والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رءوس النخل ويؤكل ، والودى صغار النخل . وقوله (كالمهيإ للأكل) يعنى مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع فى الحنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط ، أما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا . وقوله (كاللحم والثمر) اللحم راجع إلى قوله كالمهيإ للأكل منه ، والثمر راجع إلى قوله وما فى معناه فكان كلامه لفا ونشرا (وقال الشافعى رضى الله عنه : يقطع فيها) أى فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد : وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف ، وقيل هو موضع يدخر فيه الثمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه إلى منخره ، والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الطرفين ، ويجوز أن يكون الشك من الراوى

قلنا : أخرجه على وفاق العادة ، والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع . قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الإحراز

ليس فى شىء من الثمار قطع حتى يأوى الجرين . وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بأنه أخرجه على وفق العادة ، والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمروفيه القطع) لكن مافى المغرب من قوله : الجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضى أنه يكون فيه الرطب فى زمان وهو أول وضعه ، واليابس وهو الكائن فى آخر حاله فيه ، ثم ليس فى هذه الأحاديث لفظ الجران ، وكأنه وقع فى بعض الألفاظ الجران فذكره المصنف على الشك . وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منخره ، والجمع جرن ، فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ، ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين : أى المربد حتى يجف : أى حتى يتم إيواء الجرين إياه فإنه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز . وإلا فنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالأخذ منه ، اللهم إلا أن يكون له حارس يترصده . والجواب أنه معارض بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع فى ثمر ولا كثر » و قوله « لاقطع فى الطعام » أما الأول فرواه الترمذى عن الليث بن سعد والنسائى وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع ابن حبان : أن غلاما سرق وديا من حائط ، فرفع إلى مروان فأمر بقطعه ، فقال رافع بن خديج : قال النبى صلى الله عليه وسلم « لاقطع فى ثمر ولا كثر » . ورواه ابن حبان فى صحيحه مرتين فى القسم الأول ، وفى القسم الثانى . قال عبد الحق : هكذا رواه سفيان بن عيينة ، ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى . وكذا رواه مالك . والحاصل أنه تعارض الانقطاع والوصل ، والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوى الثقة ، وقد تلقت الأمة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا فى الرطب الموضوع فى الجرين ، وفى مثله من الحدود يجب تقديم مايمنع الحد درءا للحد ، ولأن ماتقدم متروك الظاهر فإنه لايضمن المسروق بمثلى قيمته ، وإن نقل عن أحد فعلماء الأمة على خلافه لأنه لايبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى ، وهو قوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ، ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض ، فبطل قول من قال يتقيد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل : يعنى يفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شىء عليه ، أو يخرجه ففيه ضعف قيمته . وجلدات نكال ، أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار . وقيل هو الودى وهو صغار النخل ، وجزم فى المغرب أنه خطأ . وأما الحديث الثانى فأخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنى لا أقطع فى الطعام » وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الإرسال ، وأنت تعلم أنه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ، وحينئذ يجب اعتباره فى غير محل الإجماع ولما كان الإجماع على أنه يقطع فى الحنطة والسكر لزم أن يحمل على مايتسارع إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما فى معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا فى الجرين وغيره. هذا والقطع فى الحنطة. وغيرها إجماعا إنما هو فى غير سنة القحط ، وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا لأنه عن ضرورة ظاهر ، أو هى تبيح التناول ، وعنه عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى مجاعة مضطر » وعن عمر رضى الله عنه « لاقطع

(قلنا : أخرجه على وفاق العادة) فإن فى عادتهم أن الجرين لايؤوى إلا اليابس من الثمر وفيه القطع فى الرواية المشهورة . قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة ، لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذى لم يحصد لعدم الإحراز فيها ،

(ولا قطع فى الأشربة المطربة) لأن السارق يتأول فى تناولها الإراقة، ولأن بعضها ليس بمال، وفى مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية. قال (ولا فى الطنبور) لأنه من المعازف (ولا فى سرقة المصحف وإن كان عليه حلية) وقال الشافعى: يقطع لأنه مال متقوّم حتى يجوز بيعه، وعن أبى يوسف مثله. وعنه أيضا أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها. ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هى توابع ولا معتبر بالتبع، كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب،

فى عام سنة» (قوله ولا قطع فى الأشربة المطربة) أى المسكرة. والطرب استخفاف العقل. وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه مالا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدى نفعا ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله، أوشدة سرور فيوجب ماهو معهود من الثمالى والمسئلة بلا خلاف، ماعند الأئمة الثلاثة فلأنها كالخمر عندهم، وعندنا إن كان الشراب حلوا فهومما يتسارع إليه الفساد، وإن كان مرا فإن كان خمرا، فلا قيمة لها، وإن كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به النص من المال المتقوّم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر، وفى سرقة الأصل يقطع بالحل. ونقل الناطفى من كتاب المجرد قال أبو حنيفة: لاقطع فى الحل لأنه قد صار خمرا مرة. وفى نوادر ابن سماعة برواية علىّ بن الجعد: لاقطع فى الربّ والجلاب (قوله ولا فى الطنبور) ونحوه من آلات الملاهى بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لايضمن متلفها، وعند أبى حنيفة وإن ضمنها لغير اللهو، إلا أنه يتأول آخذه للنهى عن المنكر. والمعازف جمع المعزف وهى آلة اللهو (قوله ولا فى سرقة المصحف وإن كان عليه حلية. وقال الشافعى) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبى يوسف فيما إذا بلغت حليته نصابا، وفى رواية أخرى عنه: يقطع مطلقا لأنه مال محرز يباع ويشترى، ولأن ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص. وفى رواية أخرى عن أحمد: إن أخذه يتأول القراءة لإزالة الإشكال لايقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه) ولأن المالية للتبع وهى الحلية والأوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (وإحرازه لأجله) والآخذ أيضا يتأول أخذه لأجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لايقطع، وكمن

(ولا قطع فى الأشربة المطربة) أى المسكرة: قال فى الصحاح: الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور، وفسر السكر فى أصول الفقه بأنه غلبة سرور فى العقل فالتقيا فى معنى السرور فلذلك استعير الإطراب للإسكار. قال الإمام التمرتاشى: لاقطع فى الأشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة. وقوله (لأن بعضها ليس بمال) أى بمال متقوم كالخمر (وفى مالية بعضها اختلاف) يعنى كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لأنها عند أبى حنيفة رضى الله عنه متقومه خلافا لهما، وإنما قيد الأشربة بكونها مطربة لما أنه ذكر فى الإيضاح، ويقطع فى الحل لأنه لايتسارع إليه الفساد، كذا فى النهاية. ونقل الناطفى عن كتاب المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال: لاقطع فى الحل لأنه قد صار خمرا مرة (ولا فى الطنبور لأنه من المعازف) والمعازف آلات اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب. قوله (ولا فى سرقة المصحف) ظاهر

(قوله والمعازف آلات الهو) أقول: بالعين المهملة.

(ولا قطع فى أبواب المسجد) لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد مافيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه . قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر ، بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر . وعن أبى يوسف أنه إن كان الصليب فى المصلى لايقطع لعدم الحرز ، وإن كان فى بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبى الحر وإن كان عليه حلى) لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ، ولأنه يتأول فى أخذه الصبى إسكاته أو حمله إلى مرضعته .

سرق صبيا وعليه حلى كثير لايقطع لأن المقصود ليس المال . قال فى المبسوط : ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لايساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه ، وإن كان يعلم بها فعليه القطع . وعن أبى يوسف عليه القطع فى الأحوال كلها لأن سرقته تمت فى نصاب كامل ، ولكنا نقول : إن السارق إنما قصد إخراج مايعلم به دون ما لايعلم به ، وإذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم ، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لايساوى نصابا ، وقد تقدم فى مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع وإلا لا . وهنا ردد بين العلم وعدمه . فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق ، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا . وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح . إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار فى نفس الأمر لايطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار ، وما تقدم هو ما إذا لم يقرّ بعلمه بما فى الثوب فإنه لايقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه ، وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع فى أبواب المسجد لعدم الإحراز) وقال الشافعى : يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله ، وكذا يقطع عندهم فى باب الدار ، فقياسه عليه من رد المختلف إلى المختلف ، والوجه ماقلنا . ولا شك فى أنه إما ليس محرزا أو فى حرزه شبهة إذ هو باد للغادى والرائح ومعها ينتفى الحد ، على أن المصنف لم يذكر ذلك فى مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فإنه لم ينصب خلافا وإنما يعترض بذلك لو نصب الخلاف . وأفاد المصنف فى أثناء المسئلة أنه لاقطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز ، وكذا لايقطع فى أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد ، والأصح من قول الشافعى لأنه لامالك له ، وبهذا الوجه ينتفى القطع فى باب المسجد (قوله ولا فى صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد) لأنه يتأول من أخذها الكسر : أى إباحة الأخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب إلا ضمان ما فيه من المالية ، والصليب ماهو بهيئة خطين متقاطعين ، ويقال لكل جسم صلب (وعن أبى يوسف : إن كان الصليب فى مصلاهم) أى معابدهم (لايقطع لعدم الحرز) لأنه بيت مأذون فى دخوله ، وإن كان فى يد رجل فى حرز لاشبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال ، وجوابه ماذكرنا من تأويل الإباحة ، وهو عام لايخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبى الحر وإن كان عليه حلى) يبلغ نصابا ، وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتى . والحلى

(والصليب) شىء مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والنرد) معروفان ، ولا قطع فيها وإن كانت من ذهب أو فضة . وقوله (إن كان الصليب فى المصلى) أى فى موضع صلاة النصارى وهو معبدهم . وقوله (وما عليه من الحلى تابع) لايقال : يجوز أن يكون مقصوده من الأخذ هو الحلى فلا يكون تابعا لأنه لو كان ذلك مقصوده لأخذ الحلى وترك الصبى .

وقال أبو يوسف : يقطع إذا كان عليه حلى هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره . وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد . والخلاف فى الصبىّ لايمشى ولا يتكلم كى لايكون فى يد نفسه (ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) لأنه غصب أو خداع (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو والبالغ سواء فى اعتبار يده . وقال أبو يوسف : لايقطع وإن كان صغيرا لايعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمى من وجه مال من وجه .

بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها مايلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبويوسف : يقطع إذا بلغ ماعليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره ، والخلاف فى صبىّ لايمشى ولا يتكلم) فلو كان يمشى ويتكلم ويميز لايقطع إجماعا لأنه فى يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع فى الخداع ، وحيث لم يذكر الحاكم فى الكافى الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية . وروى عن أبى يوسف يقطع. قيل كان ينبغى للمصنف أن يقول وعن أبى يوسف وإلا أوهم أنه مذهبه المعوّل عليه عنده ، وليس كذلك . وقال مالك والحسن والشعبى : يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال . وجه الظاهر أن الصبى إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه وإلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال . ولا قطع إلا بأخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال ، فى الحديث القدسى عن ربّ العزة جل جلاله « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره » لكن القطع الذى هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا . وأما التأويل الذى ذكره من قصد تسكيته أو إبلاغه إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبى يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة . ولأبى حنيفة ومحمد أن الإناء تابع ، وإذا لم يجب فى المتبوع القطع لم يجب فى التابع ، واعتقادى وجوب القطع فى الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان ، فإن تبعيته باعتبار مافيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه ، بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ ، بل القصد إليه أظهر منه إلى مافيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف مافيه ، والمانع من القطع إنما هو التبعية فى قصد الأخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده ، وما يوافق ماذكرناه مافى التجنيس من علامة العيون : سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع ، وكذا إذا سرق حمارا يساوى تسعة وعليه إكاف يساوى درهما ، بخلاف مالو سرق قمقمة فيها ماء يساوى عشرة لأنه سرق ماء من وجه ، وهو نظير ماتقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لايساوى عشرة مصرور عليه عشرة ، قال : يقطع إذا علم أن عليه مالا بخلاف ما إذا لم يعلم (قوله ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) يعنى العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع ، إلا إذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لايميز بين سيده وبين غيره فى الطاعة فحينئذ يقطع ، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا ، بل نصوا على أنه لاقطع فى الآدمى الذى يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا ، وقالوا : هو ليس بسرقة ، بل إما غصب أو خداع (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) الذى ليس كذلك بالإجماع لأنه مال متقوم ، هكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال : أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من وجه آدمى من وجه ، فصار كونه

وقوله (لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره) معناه سرق مايجب فيه القطع وما لايجب ، وضم مالايجب فيه القطع إلى مايجب فيه القطع لايسقطه ، كما لو سرق ثوبا خلقا لايساوى نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة . وقوله (وعلى هذا إذا سرق إناء فضة) ظاهر .

(قال المصنف : ويقطع فى سرقة العبد الصغير) أقول : فيه بحث ، لأنه يمكن أن يتأول فى أخذ إسكاته كما فى الحر الصغير فتأمل فى جوابه .

ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية (ولا قطع فى الدفاتر كلها) لأن المقصود مافيها وذلك ليس بمال (إلا فى دفاتر الحساب) لأن مافيها لايقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد . قال (ولا فى سرقة كلب ولا فهد) لأن من جنسها يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فأورث شبهة (ولا قطع فى دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لأن عندهما لاقيمة لها

آدميا شبهة فى ماليته فيندرئ الحد ، فالدفع منهما لابد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل . ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لاشبهة فيه مع باقى الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود ، وقول المصنف (ولهما أنه مال مطلق لأنه منتفع به) إن كان يمشى ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) إن كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أنّ فى ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية إليه لايوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درّة نفيسة فيما ليس بمال ، ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ماليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة فى ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع فى الدفاتر كلها لأن المقصود مافيها ، وذلك ليس بمال إلا فى دفاتر الحساب لأن مافيها لايقصد بالأخذ) لأنه لايستفيد الآخذ به نفعا (فكان المقصود الكواغد) ويدخل فى عموم : ولا يقطع فى الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر . وقد اختلف فى غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها . وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر ، والحاجة وإن قلت كفت فى إيراث الشبهة ، ومقتضى هذا أنه لايختلف فى القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لايقصد مافيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا ، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إياها إذ لاتتوقف معرفة الشريعة على مافيها ، بخلاف كتب الأدب والشعر . ويمكن فى كتب الحساب والهندسة عدم القطع . وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها ، لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا فى سرقة كلب ولا فهد) بالإجماع ، خلافا لأشهب قرين ابن القاسم فإنه قال عدم القطع فى المنهى عن اتخاذه . أما فى المأذون فى اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع : وقلنا هو مباح الأصل وبحسب الأصل هو (غير مرغوب فيه ، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فأورث شبهة) فيها (قوله ولا قطع فى دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لأن عندهما لاقيمة لها .

(والدفاتر) جمع دفتر وهى الكراريس ، ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لأن المقصود منها مافيها وذلك ليس بمال إلا فى دفاتر الحساب ، لأن مافيها لايقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم ، فإذا بلغ قيمته نصابا يقطع ، وعموم كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه فى عدم وجوب القطع لكونها محتاجا إليها لمعرفة اللغة ومعانى القرآن ، والحاجة وإن قلت كفت لإيراث الشبهة ، ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج إليها فى معرفة أحكام الشرع (ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد) وهو ظاهر (ولا فى دفّ ولا طبل) والدفّ بضم الدال وفتحها الذى يلعب به ، وهو نوعان مدور ومربع ، والمراد بالطبل طبل اللهو ، وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ ، واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن فيه الشبهة . وقوله (لأن عندهما لاقيمة لها)

(قال المصنف : إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) أقول : والانضمام غير التبعية فتأمل (قوله وقوله لأن عندهما لا قيمة لها

وعند حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس والصندل) لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الإسلام . قال (ويقطع فى الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لأنها من أعزّ الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها فى دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (وإذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها) لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ؛ ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط فى غير الحرز ، وفى الحصر البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع فى غير المركب ، وإنما يجب إذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لأن الثقيل منه لا يرغب فى سرقته

وعند أبى حنيفة يتأول فى آخذها الكسر) وفى دال الدفّ الضم والفتح . واختلف فى طبل الغزاة فقيل لا يقطع به . واختاره الصدر الشهيد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره ، وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو (قوله ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لأن كل هذه ليست مباحة فى دار الإسلام وهو المعتبر ، فأما كونها توجد مباحة فى دار الحرب فليس فيه شبهة فى سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة فى دار الحرب ومع هذا يقطع فيها فى دارنا . وروى هشام عن محمد : لا قطع فى العاج مالم يعمل ، وكذا نقل البقالى عن محمد فى الآبنوس ، والظاهر القطع كما ذكرنا ، ومقتضى النظر عدم القطع فى العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفى مالية العاج فحلت الشبهة فى المالية (ويقطع فى الفصوص) النفيسة (والزبرجد لأنها من أعز الأموال ، ولا توجد مباحة الأصل فى دار الإسلام فصارت كالذهب) (قوله وإذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها لأنه) أى الخشب (بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لأن الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافها بين الناس (حتى أن الحصير يبسط فى غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بوارى ، بخلاف الخشب فإن غلبة الصنعة فيه على الأصل فقطع فيما اتصلت به منه ، حتى لو غلبت فى الحصر أيضا قطع

بدليل أن متلفه لا يضمنه (وعند أبى حنيفة) وإن كان يجب الضمان على المتلف فهى متقومة ، لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهى خشبة الرمح (والآبنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف. وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الإسلام) وإنما قيده بدار الإسلام لأن الأموال كلها باقية على الإباحة فى دار الحرب . وقوله (وإذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الأصل فى الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل فى قيمته ويعزه بحيث أنهم يدخلونه فى الحرز . وأما فى الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه فى غير الحرز ، حتى لو غلب الصنعة على الأصل كالحصر البغدادية يجب القطع . وقوله (وإنما يجب القطع) أى فى الأبواب (فى غير المركب) بالجدار ، أما إذا كانت مركبة فى الجدار فقلعها فأخذها فإنه لا يقطع لأن القطع إنما يكون فى مال محرز لا فيما يحرز به ، وما فى البيت من المتاع فإنما يحرز بالأبواب المركبة فلا تكون محرزة ، قيل هذا فى الباب البرانى ، وأما فى الباب الثانى فى الداخل ففيه القطع لأنه محرز بالبرانى . وقوله (وإنما يجب إذا كان خفيفا) ظاهر .

بدليل أن متلفه لا يضمنه) أقول : أى يدل عدم تضمين المتلف عندهما على أن ملحيهما ذلك يعنى لاقيمة لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع .

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور فى الحرز (ولا منتهب ولا مختلس)لأنه يجاهر بفعله ، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام « لاقطع فى مختلس ولا منتهب ولا خائن »

فيها كالحصر البغدادية والعبدانية فى ديار مصر والإسكندرانية وهى العبدانية ، ويقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصر مطلقا . هذا وفى عيون المسائل : سرق جلود السباع المدبوغة لايقطع ، فإذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع ، هكذا قال محمد؛ لأنها إذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لأنها أخذت اسما آخر اه . وهذا ظاهر فى أن غلبة الصنعة التى ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم ، وعلمت عدم القطع فى الحصر التى ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان إحرازها حيث كانت تبسط فى غير الحرز أو لأن شبهة التفاهة فيها كما قالوا إنه لايقطع فى الملح لذلك ؛ ولا يقطع فى الآجر والفخار لأن الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها ، وظاهر الرواية فى الزجاج أنه لايقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية . وعن أبى حنيفة يقطع كالخشب إذا صنع منه الأوانى ، ثم إنما يقطع فى الباب المصنوع من الخشب إذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز . أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار إلى السكة ، وغير المركب لايقطع به إذا كان ثقيلا لايحمله الواحد لأنه لايرغب فيه ، ونظر فيه بأن ثقله لاينافى ماليته ولا ينقصها ، فإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة . ولو صح هذا امتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف . ولذا أطلق الحاكم فى الكافى القطع فى كتاب الجامع . وفى الشامل فى كتاب المبسوط : وقد مر أن عند الأئمة الثلاثة يقطع فى باب الدار لأنه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها إذا كانت فى العمران ، وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره ، وهذا عندنا ممنوع ، ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز فى كل شىء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شىء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعى ضياعه ، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية ، وعلله بقصور الحرز لأنه قد كان فى يد الخائن وحرزه لاحرز المالك على الخلوص ، وذلك لأن حرزه وإن كان حرزا للمالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق فى دخوله (قوله ولا منتهب) لأنه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فإنه المختطف للشىء من البيت ويذهب أو من يد المالك . وفى سنن الأربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق فى أحكامه وهو تصحيح منهما ، وتعليل أبى داود مرجوح بذلك . وقد حكي الإجماع على هذه الجملة لكن مذهب إسحاق بن راهويه ورواية عن أحمد فى جاحد العارية أنه يقطع لما فى الصحيحين من حديث عائشة رضى الله عنها « أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده . فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطعها » وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث ، وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرّفتها عائشة بوصفها المشهور ، فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها بدليل أن فى قصتها « أن أسامة بن زيد شفع فيها » الحديث ، إلى أن قال : « فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما فى يده من الشىء المأمون . والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية . والاختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهرا ، والوجه ماذكره فى الكتاب وهو واضح .

(ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعي : عليه القطع لقوله عليه الصلاة والسلام « من نبش قطعناه » ولأنه مال متقوم محرز يحرز مثله فيقطع فيه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام

فقال « إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وهذا بناء على أنها حادثة واحدة لامرأة واحدة ، لأن الأصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الأمة الحديث الآخر بالقبول والعمل به ، فلو فرض أنها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث : حدثني يونس عن ابن شهاب قال : كان عروة يحدث أن عائشة قالت : استعارت امرأة منى حليا على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته ، فأخذت فأتى بها النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطع يدها ، وهي التي شفع فيها أسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما . ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ ، وكذا لو حمل على أنهما واقعتان وأنه عليه الصلاة والسلام قطع امرأة بجحد المتاع ، وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا . وفي سنن ابن ماجه : حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، حدثنا عبد الله بن نمير ، حدثنا محمد ابن إسحاق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال « لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك ، وكانت امرأة من قريش ، فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقلنا : نحن نفديها بأربعين أوقية ، فقال صلى الله عليه وسلم : تطهر خيرا لها ، فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له : كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما كلمه قال : ما إكثاركم علىّ في حد من حدود الله ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » قال ابن سعد في الطبقات : هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود ، وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولا قطع على النباش) وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف) وباقي الأئمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ، ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز . وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري ، ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تضييع وسفه فليس محرزا . وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ، ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع ، وإن كفنه أجنبي فهو الخصم لأنه له (لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من نبش قطعناه ») وهو حديث منكر ، وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن

قال (ولا قطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش ؛ فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش ، وقال ابن عباس : لاقطع عليه ، وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روى أن نباشا أتى به مروان ، فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا ، فعزره أسواطا ولم يقطعه . وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد ، وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي . (لقوله صلى الله عليه وسلم « ومن نبش قطعناه » ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه ، فإن إلباس الثوب للميت لايخرجه عن التقوم ، وأما أنه محرز فلأنه ليس بمضيع ؛ ألا ترى أن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من ماله لايضمنان ، وما لايكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان . وأما قوله (بحرز مثله) بحرف الجر ، فلما بينه الطحاوي : حرز كل شيء معتبر بحرز مثله ، حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع ، ولو سرق لؤلؤة من الإصطبل لم يقطع . وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ، ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لاتحرز بأحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول الآدمي وإخراج سائر الأموال . وقوله (ولهما) أي لأبي حنيفة

« لا قطع على المختفى » وهو النباش بلغة أهل المدينة ، ولأن الشبهة تمكنت فى الملك لأنه لاملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت ، وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لأن الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ، وإن كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح لما قلنا

أبيه عن جده ، وفى سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره . ومثله الحديث الذى ذكره المصنف (« لاقطع على المختفى » قال : وهو النباش بلغة أهل المدينة) أى بعرفهم . وأما الآثار فقال ابن المنذر : روى عن الزبير أنه قطع نباشا . وهو ضعيف ذكره البخارى فى تاريخه ، ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكى . قال عطاء : كنا نتهمه بالكذب . ويماثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبى شيبة وفيه مجهول قال : حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال : ليس على النباش قطع . وأما ما رواه عبدالرزاق : أخبرنا إبراهيم ابن أبى يحيى الأسلمى قال : أخبرنى عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب ، فكتب فيهم إلى عمر ، فكتب عمر رضى الله عنه أن اقطع أيديهم . فأحسن منه بلا شك مارواه ابن أبى شيبة : حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال : أتى مروان بقوم يختفون : أى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اه . وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر به ، وزاد : وطوّف بهم . وكذا أحسن منه بلا شك ماروى ابن أبى شيبة : حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال : أخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه . وحينئذ لاشك فى ترجيح مذهبنا من جهة الآثار ، وأما من جهة المعنى فلهم ماذكره المصنف بقوله : ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه . أما المالية فظاهر ، وأما الحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا ، وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم القبر بيتا فى حديث أبى ذرّ حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم « كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف ؟ يعنى القبر ، وقلت : الله ورسوله أعلم ، أو ما خار الله لى ورسوله ، قال صلى الله عليه وسلم : عليك بالصبر » وقد بوب أبو داود عليه فقال : باب قطع النباش . قال ابن المنذر : واستدل به أبو داود لأنه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولأنه حرز مثله لأن حرز كل شىء مايليق به ، فحرز الدوابّ بالإصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة

ومحمد ، وكلامه ظاهر لايحتاج إلى شرح . وقوله (وإن كان القبر فى بيت مقفل) بسكون القاف من أقفل الباب. وقوله (فهو على الخلاف فى الصحيح) بيانه ماقال فى المبسوط : واختلاف المشايخ فيما إذا كان القبر فى بيت مقفل ثم قال : والأصح عندى أنه لايجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز فى ذلك البيت ، فإن لكل أحد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر . وكذلك اختلفوا فيما إذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت ، فمنهم من قال يقطع لأنه محرز بالقافلة . قال شمس الأئمة : والأصح عندى أنه لايجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية فى الكفن من الوجه الذى قررناه .

(قوله من أقفل الباب) أقول : ولا يقال قفل إلا إذا كثرت الأبواب ، لأن التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب (قوله بيانه ماقال فى المبسوط الخ) أقول : أى بيان قوله فى الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف .

وكذا إذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لأنه مال العامة هومنهم . قال (ولا من مال للسارق فيه شركة) .

بالحظيرة ، فلو سرق شيء منها من شيء منها قطع ، ولو سرق الدرة من إصطبل أو من حظيرة لايقطع ؛ ألا ترى أن الوصىّ إذا كفن صبيا من ماله لايضمن لورثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة . والجواب أولا منع الحرز لأنه حفرة فى الصحراء مأذون للعموم فى المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق إلا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ، ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا إلى حاجة الميت والصرف إلى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ؛ ولوسلم فلا ينزل عن أن يكون فى حرزيته شبهة وبه ينتفى القطع ويبقى ثبوت الشبهة فى كونه مملوكا ، وفى ثبوت الخلل فى المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصرعليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء . أما الأول فلأن الكفن غيرمملوك لأحد ، لا للميت لأنه ليس أهلا للملك ولاللوارث لأنه لايملك من التركة إلا مايفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لأنها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه ، فإن صح ماقلنا من أنه لاملك فيه لأحد لم يقطع ، وإلا فتحققت شبهة فى مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا ، بل نقول : تحقق قصور فى نفس مالية الكفن ؛ وذلك لأن المال مايجرى فيه الرغبة والضنة والكفن ينفرعنه كل من علم أنه كفن به ميت إلا نادرا من الناس . وأما الثانى فلأن شرع الحد للانزجار والحاجة إليه لما يكثر وجوده ، فأما مايندر فلا يشرع فيه لوقوعه فى غير محل الحاجة لأن الانزجار حاصل طبعا كما قلنا فى عدم الحد بوطء البهيمة . وأما الاستدلال بتسميته بيتا فأبعد لأن إطلاقه إما مجاز [1] فإن البيت مايحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك ، على أن حقيقة البيت لايستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالمسجد ، ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ، ومع الحرز التام ، فمجرد تسميته بيتا لايستلزم القطع خصوصا فى مقام وجوب درئه ما أمكن ، بل يجب حمله على بعض الماصدقات التى لاحد معها ، والله سبحانه أعلم . وهذا فى القبر الكائن فى الصحراء بلا خلاف عندنا ، أما لو كان القبر فى بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز . والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وإن وجد الحرز للموانع الأخرمن نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا إذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل فى المالية وما بعدها . هذا ولو اعتاد لص ذلك للإمام أن يقطعه سياسة لاحدا ، وهو محمل ما رواه لو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعى وأحمد والنخعى والشعبى ، وقال مالك : يقطع وهوقول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعلىّ مثله ، وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال : أرسله فما من أحد إلا وله فى هذا المال حق (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة)

وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع على المختفى » والمعقول وهوقوله لأنه لاملك للميت حقيقة . وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر .

(قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : ولعل الأولى أن يقال لما بينا من الأدلة من الجانبين لأنه علة لكونه على الخلاف . ووجه ماذكره الشارحون هو خلل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعى ولا يوافقانهما .

---

(١) (قول الفتح إما مجازا) لم يذكر لها مقابلا فتأمل . اه من هامش نسخة العلامة البحراوى .

لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة ؛ وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وإن سرق منه عروضا قطع) لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا بالتراضي . وعن أبي يوسف أنه لايقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه . قلنا : هذا قول لايستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ، ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ ، وقيل لايقطع لأن النقود جنس واحد

بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالامشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة) والقياس أن يقطع لأنه لايباح له أخذه قبل الأجل. وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وإن كان لايلزمه الإعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لايقطع (لأن بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال) بمقدارحقه ، ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أو غير مماطل ، خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع . ولو أخذ من غير جنس حقه ، فإن كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضا قطع لأنه ليس له أخذها ، اللهم إلا أن يقول : أخذتها رهنا بديني فلا يقطع (وعن أبي يوسف لايقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى) قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا: هذا قول لايستند إلى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى ذلك (وإن كان دراهم فأخذ دنانير) أو على القلب اختلف فيه (قيل يقطع) لأنها لاتصير قصاصا بحقه ، وإنما يقع بيعا فلا يصح إلا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لايقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ، ويقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ، ولو سرق المكاتب

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى مايفهم من قوله لأنه مال العامة وهو منهم ، فإنه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا إشارة إليه . قال (والحال والمؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء) أما إذا كان حالا فظاهر ، وأما إذا كان مؤجلا فلأن التأجيل ليس إلا لتأخير المطالبة ، وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا ، والقياس أن يقطع لأنه سرق مالايباح له الأخذ كما لو سرق من خلاف جنسه . ووجه الاستحسان أن الأخذ إن لم يكن مستحقا لمكان الأجل كان له شبهة الأخذ وهي كافية للدرء .وقوله (وكذا إذا سرق زيادة على حقه) ظاهر. وقوله (لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فإنه يقول : وإن ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية . ومن العلماء من يقول : له أن يأخذه رهنا بحقه ، واختلاف العلماء يورث الشبهة (قلنا : هذا القول لايستند إلى دليل ظاهر) القياس أن لايأخذ جنس حقه في الدين الحال لأن حقه في الوصف في الحقيقة . وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ، ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درئ الحد عنه) لأن فعله في موضع الاجتهاد لاينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا . وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر . وقوله (وقيل لايقطع) قيل هو الأصح (لأن النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة .

(قال المصنف : ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول : كان الأنسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وإن سرق منه عروضا ، إلا أنه لم يستحسن أن يفصل بين كلامى الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه .

(ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى ، لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن عاد فاقطعوه » من غير فصل ، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر . وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة . ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على مايعرف من بعد إن شاء الله تعالى ، وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل ، وقيام الموجب وهو القطع فيه ، بخلاف ماذكر لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية ،

أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لأن حق الأخذ حينئذ لهما . ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن حق الأخذ لغيره . ولو سرق من غريم ابنه الصغير لايقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بأن كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهى بحالها يقطع ، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى) ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن عاد فاقطعوه ») فيما روى الدارقطنى من حديث أبى هريرة بطريق فيه الواقدى عنه عليه الصلاة والسلام « إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى » الحديث (ولأن السرقة الثانية مثل الأولى) فى سببية القطع (بل أفحش) لأن العود بعد الزاجر أقبح ، وصار كما إذا باعه المالك من السارق ، ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد إلى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فإنه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) فى حق السارق (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فإن كل واحد من هذه يوجب

وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر . وقوله (لأن الثانية متكاملة كالأولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه فى حق السارق كعين أخرى فى حكم الضمان ، حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنا ، فكذلك فى حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لاشبهة فيه ، وبهذه الأوصاف لزمه القطع فى المرة الأولى فكذلك فى المرة الثانية ، وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر . وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة إلى قوله بعد أوراق . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه » الخ . وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القاطع ، فإن قيل : العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك ، أجاب بقوله (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظرا إلى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك وهو جواب عن قوله كما إذا باعه المالك من السارق الخ . وقوله والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل كما فى صورة الغزل وهو قوله فيما يجىء بقوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع . وقوله (بخلاف ماذكره) يعنى أبا يوسف من صورة البيع (لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، وأصله حديث بريرة وهو معروف . وقوله (أولأن تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا

(قال المصنف : والقياس أن يقطع) أقول : فيه إشارة إلى أن العمدة فى الاستدلال هو القياس ، ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول : هذا لإثبات المعصومية فى المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه .

وصار كما إذا قذف المحدود فى قذف المقذوف الأول . قال (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به ، وهذا هو علامة التبدل فى كل محل ،

بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد ، بخلاف مالو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع يده لاسواه فيقطع ، وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق إياه من غيره لأن فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام « هو عليها صدقة ولنا منها هدية » مع أنه عين اللحم ، مع أن مشايخ العراق على أنه لايقطع فى صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن تمنعه فلا يتم القياس عليه ، وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ماقلنا . وأيضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر ، وتقدم أن ماينلر وجوده لايشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فإنها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية ، إذ هى قليلة بالفرض فلم تقع فى محل الحاجة ، وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتى إليه الزنا الذى نسبته إليه لايحد ثانيا ، فكذا هذا ، أما لو قذفه بزنا آخر حد به . وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التى زنى بها أوّلا بعد أن جلد حدا بزناه الأول بها فإنه يحد ثانيا إجماعا ، فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ، ثانيا وقوعه فى غير محل الحاجة إليه لو شرع . وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل فى الزنا لاتسقط باستيفاء الحد ، بخلاف السرقة ، وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور فى الزنا والسرقة لكنه لايصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه : أعنى كون إقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر فى العود ، وكذا الفرق بأن القطع حق لايستوفى إلا بخصومة المالك والخصومة لاتتكرر فى محل بعد استيفاء موجب ماهى فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذى قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطنا فصار غزلا (لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب ،

أن القطع فهو دليل آخر . وتقريره تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ماقطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر ، والنادر يعرى عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج إليها (وصار كما إذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الأول) بالزنا الأول فإنه لايحد نظرا إلى عرائه عن مقصود الإقامة . فإن قيل : نظير مسئلتنا حد الزنا فى كون الحد فى كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ، ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد ، حتى أن من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا ، بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم ، وخصومة المقذوف فى الحد فى المرة الثانية غير مسموعة لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الأولى . أجيب بأن حد القذف نظير مسئلتنا من حيث أن هذا حد لايستوفى إلا بخصومة فلا يتكرر بتكرار الخصومة من شخص واحد فى محل واحد كحد القذف . والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد فى الزنا إنما هو باعتبار المستوفى ، والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الأولى ، لأن الأول تلاشى واضمحل . والمسروق فى المتنازع فيه هو بعينه المسروق فى المرة الأولى . وقوله (فإن تغيرت عن حالها) ظاهر ، والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد .

(قوله والمستوفى فى المرة الثانية) أقول : يعنى منافع البضع (قوله لأن الأول تلاشى الخ) أقول : لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول : ولعل الخصم يقول القطع فى الأول باعتبار السرقة ، والأولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل .

وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل ، والقطع فيه فوجب القطع ثانيا ، والله أعلم بالصواب .

فصل فى الحرز والأخذ منه

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالأول وهو الولاد للبسوطة فى المال وفى

(وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل : أى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهى شبهة قيام سقوط العصمة لأنها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئا آخر . فإن قيل : العين قائمة حقيقة وإنما تبدل الاسم والصورة . أجيب بأن المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر . وفى شرح الطحاوى : وإذا سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبى حنيفة لأن العين لم تتغير عنده ، وقالا : يقطع لأنها تغيرت . وفى كفاية البيهقى : سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع ، لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر فى حكم عين أخرى .

(فصل فى الحرز والأخذ منه)

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام فى ذاته ، ثم ثنى بحرزه لأنه خارج عنه ، ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم . وعن عائشة والحسن والنخعى أن من جمع المال فى الحرز قطع وإن لم يخرج به . وعن الحسن مثل قول الجماعة . وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا . وهذه الأقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرنا فهو كالإجماع ، قاله ابن المنذر . وقد ثبت أن لا قطع فى أقل من ثمن المجن ، ولا قطع فى جريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية وما بأخبار الآحاد ، وسيأتى ما هو أبلغ من ذلك . ثم الحرز ما عدّ عرفا حرزا للأشياء لأن اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه ، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه ، اختلاف لذلك ، وهو فى اللغة الموضع الذى يحرز فيه الشىء ، وكذا هو فى الشرع إلا أنه بقيد المالية : أى المكان الذى يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه ، والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا (قوله ومن سرق من أبويه) وإن عليا (أو ولده) وإن سفل (أو ذى رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع)

(فصل فى الحرز والأخذ منه)

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع فى بيان الحرز الذى يحصل به الوصف ، ثم العلة فى سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران : البسوطة فى المال وفى حق الدخول

(فصل فى الحرز)

(قوله وفرغ عن ذكر الموصوف ، إلى قوله الوصف) أقول : المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز (قال المصنف : فالأول وهو الولاد) أقول : أى فنفى الأول القطع حذف المضاف إليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول : أى عن ذى قرابة الولاد

الدخول فى الحرز . والثانى للمعنى الثانى ، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة . وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه فى العتاق (ولو سرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه

وقال مالك وشلدوذ : يقطع بالسرقة من الأبوين لأنه لاحق له فى مالهما . ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله فى الكافى ، أما فى الولاد فلا اختلاف فيه . وقال أبو ثور وابن المنذر : يقطع الأب أيضا فى سرقة مال ابنه لظاهر الآية . وقال الشافعى : يقطع فى السرقة من غير الولاد . أما وجه الأول : أى عدم القطع فى قرابة الولاد فلأنها عادة تكون معها البسوطة فى المال والإذن فى الدخول فى الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وأما غير الولاد وهو الذى أراد المصنف بقوله (والثانى للمعنى الثانى) أى الإذن فى الدخول فى الحرز فألحقهم الشافعى رحمه الله بالقرابة البعيدة . قال المصنف (وقد بيناه فى العتاق) أى فى مسئلة « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » ونحن ألحقناه بقرابة الولاد . وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم فى إثبات الحرمة وافتراض الوصل ، فللذا ألحقناهم بهم فى عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ، ولأن الإذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال ، وما ذاك إلا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهى مزاولة الأعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر . وأيضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها ، وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره فى الكافى وسيأتى مافيه . ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ـ ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ماملكتم مفاتحه أو صديقكم ـ ورفع الجناح عن الأكل من بيوت الأعمام أو العمات مطلقا يؤنس إطلاق الدخول ، ولو سلم فإطلاق الأكل مطلقا يمنع قطع القريب ، ثم هو إن ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الإباحة على وزان ماقلنا فى « أنت ومالك لأبيك » . فإن قلت : فقد قال « أو صديقكم » كما قال « أو بيوت أخوالكم » والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه . أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الأخذ إلا فى حال العداوة (ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ، ولو سرق مال ذى الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذى الرحم المحرم سرقة من غير حرز ، وسرقة مال ذى الرحم من بيت

فى الحرز وعن ذى الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة فى الدخول فى الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ماسيجىء فى كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى . وقوله (وفى الثانى) يعنى وفى ذى الرحم المحرم (خلاف الشافعى) فإنه يقول فى غير الوالدين والمولودين يجب القطع (لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه فى العتاق) ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع لعدم الحرز (ولو سرق ماله) أى مال ذى الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز.

(قال المصنف : ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول : لعل المراد بالزينة الظاهرة هاهنا ما يظهر عند ترك التكلف ، وإلا ففى الكلام بحث .

(وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لايقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة . وجه الظاهر أنه لاقرابة والمحرمية بدونها لاتحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة ، وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الإذن بالدخول عادة ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لايسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله للبسوطة بينهما فى الأموال

غيره سرقة من حرز فيقطع ، وهذا يعكر على الوجه الذى قدمناه من أن فى القطع القطيعة فيندرئ وهو الموعود ، ولذا والله أعلم لم يعرّج المصنف عليه (قوله وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبى يوسف لايقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا ، وكذا الأب من الرضاعة .(وجه الظاهر أنه لاقرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لاتحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا) بأن زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة) فإن فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما ، فالإلحاق بها فى إثبات القطع أولى منه بالإلحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ، ثم تعرض المصنف لإبطال الوجه المذكور لأبى يوسف صريحا وهو قوله لأنه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فإنه يشتهر بلاتحشم ولاتهمة ، وهذا يتضمن منع قوله أنه يدخل عليها من غير استئذان الخ ، فقال : لانسلم ذلك إلا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان ، بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا ينكر دخوله ، فلذا قطع فى سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع فى سرقة مال أمه من النسب (قوله وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن فى الدخول عادة) فاختل الحرز (وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لايسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى) فى أحد أقواله ، وبه قال مالك وأحمد ، وفى قول آخر كقولنا ، وفى قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأن للمرأة حقا فى ماله : أى النفقة . وجه قولنا أن بينهما بسوطة فى الأموال عادة ودلالة فإنها لما بذلت نفسها وهى أنفس

وقوله (وإن سرق من أمه من الرضاع) ظاهر . وقوله (والمحرمية بدونها) أى بدون القرابة (لاتحترم) أى لاتجعل حرمة قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعنى المحرمية (بالزنا) فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التى زنى بها لايعد شبهة فى قطع اليد بل تقطع وإن كانت المحرمية موجودة ، وكذلك إذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة . وقوله (وأقرب من ذلك) أى من الحرمة الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعنى : أن الأم من الرضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع فى إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ، ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك . ووجه الأقربية أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا . وقوله (وهذا) أى القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر .

(قال المصنف : والمحرمية بدونها لاتحترم الخ) أقول : فيه تأمل (قوله الأخت من الرضاعة) أقول : أى محرمية الأخت (قال المصنف : خلافا للشافعى الخ) أقول : وذلك أنها بذلت نفسها وهى أنفس فالمال أولى ، كذا قالوا لكنه خاص بما إذا كان المسروق منه الزوجة

عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لأن له في أكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لأن له فيه نصيبا ، وهو مأثور عن عليّ رضى الله تعالى عنه درءا وتعليلا .

. من المال كانت بالمال أسمح ، ولأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين . وفي موطأ مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال : ليس عليه شيء ، خادمكم سرق متاعكم ، فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى . قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعنى عندنا لايقطع أحدهما بمال الآخر ، كما أن شهادته لاتقبل لاتصال المنافع ، وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه . فإن قلت : أحد الزوجين ربما لايبسط الآخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه . قلنا : وكذلك الأب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا . وفي شرح الطحاوى : لو سرق من بيت الأصهار والأختان ، قال أبو حنيفة : لايقطع ، وقالا : يقطع . ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه إن كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق ، وإن كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور . ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما . ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لاقطع عليه ، سواء كان التزوّج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف أنه قال : إذا قضى عليه بالقطع يقطع . ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لاقطع ، وكذا إذا سرقت هي من الزوج في العدة وإن كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لايقطع) بلا خلاف (لأن للمولى حقا في أكسابه) ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لأنه إن عجز كان للمولى أو عتق كان له ، فلايقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره ، كما إذا سرق أحد المتبايعين ماشرط فيه الخيار ، وكما لاقطع على السيد كذلك لاقطع على المكاتب إذا سرق مال سيده لأنه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر : يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية ، وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده ، وكان ثمن المرآة ستين درهما ، وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافه فحل محل الإجماع فتخص به الآية ، والحكم في المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لايقطع (لأن له فيه نصيبا وهو مأثور عن على درءا وتعليلا) رواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا الثورى عن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص وهو يزيد بن دثار قال : أتى عليّ برجل سرق من المغنم فقال : له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه ، وكان قد سرق مغفرا . ورواه الدارقطني . قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من الأموال فلأن تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف في الشهادة) فإن شهادة أحد الزوجين للآخر لاتقبل عندنا ، وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لأن هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات أولى (قوله وهو مأثور عن عليّ رضى الله عنه درءا وتعليلا) يريد به ماروى عن عليّ رضى الله عنه أنه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال إن له فيه نصيبا .

(قال المصنف : ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع ، إلى قوله : وكذا السارق من المغنم الخ) أقول : فيه بحث لأن عدم القطع في هاتين المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لايكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل ، بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال ، والظاهر أن ذكرها استطرادى (قال المصنف : لأن له فيه نصيبا) أقول : هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع ، لكن الرواية مطلقة في مختصر القدورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر.

قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور ، وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف : الحرز لابد منه لأن الاستسرار لايتحقق دونه ، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت ، وقد يكون بالحافظ كمن جلس فى الطريق أو فى المسجد وعنده متاعه فهو محرز به ، وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد (وفى الحرز بالمكان لايعتبر

ابن ماجه : حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس « أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فرفع إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال : مال الله سرق بعضه بعضا » ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ؛ ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم « مال الله سرق بعضه بعضا » وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقى الغنيمة ، وإسناده ضعيف (قوله قال) أى المصنف (الحرز لابد منه) لوجوب القطع (لأن الاستسرار لايتحقق دونه) لأنه إذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو إنسان متصدّ للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق إخفاء الأخذ والدخول فلا تتحقق السرقة ، وعلى هذا يكون قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - بنفسه يوجب الحرز إذ لاتتصور السرقة دون الإخفاء ، ولا يتحقق الإخفاء دون الحافظ ، فيخفى الأخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس . والأحاديث الواردة بعد ذلك فى اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم « لاقطع فى ثمر معلق ، ولا فى جريسة الجبل ، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » ونحوه وارد على وفق الكتاب لامبين مخصص (ثم هو على نوعين : حرز) بالمكان (كالدور والبيوت) والجدران والحوانيت للتجار وليست هى التى تسمى فى عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة ، وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الأماكن المبنية على ماذكر فى المحيط . وذلك (كمن جلس فى الطريق) أو فى الصحراء (أو فى المسجد وعنده متاع فهو محرز به ، وقد قطع النبىّ صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه ومالك فى الموطإ وأحمد فى مسنده من غير وجه والحاكم ، وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادى أنه حديث صحيح ، وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة ، وإن كان فى بعضها انقطاع وفى بعضها من هو مضعف ، ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة . وفى طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه « أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فأتاه لص فاستله من تحت رأسه ، فأخذه فأتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن هذا سرق ردائى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : أسرقت رداء هذا ؟ قال نعم ، قال : اذهبا به فاقطعا يده ، فقال صفوان : ماكنت أريد أن تقطع يده فى ردائى ، قال : فلولا كان قبل أن تأتينى به » زاد النسائى « فقطعه » وفى المستدرك : سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفى الحرز بالمكان لايعتبر

قال (والحرز على نوعين) الحرز فى اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو مايراد به حفظ الأموال ، وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو إنما يكون بالمكان المعدّ لحفظ الأمتعة والأموال ، ويختلف ذلك باختلاف الأموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ كمن جلس فى الطريق أو فى المسجد وعنده متاعه فإنه محرز به) . وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد) وهو ليس بحرز لأنه لم يقصد به الإحراز ، وإذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (فى الحرز بالمكان لايعتبر ،

الإحراز بالحافظ هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لايجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده فيه قبله ، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه ، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتمّ السرقة ، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة .

الإحراز بالحافظ هو الصحيح) احتراز عما فى العيون أن على قول أبى حنيفة يقطع السارق من الحمام فى وقت الإذن : أى فى وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ . وقال أبو يوسف ومحمد : لايقطع ، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفى الكافى : وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب . وجه الصحيح (أنه محرز بدون الحافظ) لأن المكان فى نفسه صالح للإحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه إلى مافيه ، ويكون المال مع ذلك مختفيا ، وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ، ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه ، فلذا كان الأصح أنه إذا دخل الحمام فى وقت الإذن فى دخولها وسرق منها ماعنده حافظ لايقطع ، لأن الحمام فى نفسه صالح لصيانة الأموال ، إلا أنه اختل الحرز للإذن فى دخولها ولذا يقطع إذا سرق منها ليلا ، بخلاف المسجد فإنه ما وضع لإحراز الأموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه ، وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما فى المسجد ، ولكون المكان هو الحرز الذى يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وإن لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لأن البناء للإحراز (إلا أنه لايجب القطع إلا بالإخراج لقيام يد المالك قبل الإخراج) من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتمّ السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) فى وجوب القطع (بين كون الحافظ) فى الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لأنه يعد النائم عند متاعه) و بحضرته كيفما نام مضطجعا أو لا (حافظا له فى العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت

الإحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لايقطع لأن المعتبر هو الحرز بالمكان . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر فى العيون أنه عند أبى حنيفة يقطع فيه . ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقى هو الحرز بالمكان لأنه يمنع وصول اليد إلى المال ويكون المال مختفيا به ، وأما الحرز بالحافظ فإنه وإن منع وصول اليد إليه لكن المال لايختفى به ، ثم المحرز بالمكان لايجب القطع بهتكه إلا بإخراج المتاع منه لقيام يده قباه ، والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه إذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتم السرقة) وهذا أيضا مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح (لأن النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إن صاحب المتاع إنما يكون محرزا لمتاعه فى حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه ، أما إذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا فى حال نومه ، أخذوا ذلك من قوله فى الأصل المسافر ينزل فى الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع . قالوا : قوله يبيت عليه يشير إلى أنه إنما يقطع إذا نام عليه ، ومال إلى الأول

(قال المصنف : لأنه محرز بدونه وهو البيت) أقول : قال الزيلعى : لأن الحرزية فوق الحرز بالحافظ لأن الحرز مايمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم ، فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى . لايقال إذا كان فى الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب أن لايقطع السارق منه إذ الحدود تندرئ بالشبهات لأنا تركنا القياس لحديث صفوان .

وعلى هذا لايضمن المودع والمستعير بمثله لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ما اختاره فى الفتاوى . قال (ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمّام أو من بيت أذن للناس فى دخوله) لوجود الإذن عادة أو حقيقة فى الدخول فاختل الحرز ويدخل فى ذلك حوانيت التجار والخانات ، إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد

رأسه أو تحت جنبه . وجه الصحيح ماذكرنا (ولهذا لايضمن المودع والمستعير) إذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ، ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا (بخلاف ما اختاره فى الفتاوى) فإنه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير إذا نام مضطجعا ، ثم ماكان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الأنواع هو الصحيح كما ذكره الكرخى ، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم يقطع ، بخلاف ما إذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفى الفرس والبقر ، وهو مقيد بما إذا لم يكن معها من يحفظها ، فإن كان قطع إذا لم يكن راعيا ، فإن كان الذى يحفظها الراعى فى البقالى لايقطع ، وهكذا فى المنتقى عن أبى حنيفة . وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ . ويمكن التوفيق بأن الراعى لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره . ونقل الإسبيجابى عن بعض أصحابنا أن كل شىء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الأماكن المذكورة والثياب النفيسة منها ، وهذا قول الشافعى (قوله ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما إذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه ، وتقدم أن الصحيح أنه لايقطع به إذا كان وقت الإذن ، إلا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فإنه حرز ، على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس فى دخوله تقييد له ، فإنه بعمومه يقتضى أن لايقطع ، وإن كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب ، وهذا تفريع على ماقدمه من الأصل المذكور (قوله ويدخل فى ذلك) أى يدخل فى بيت أذن فى دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فإن التاجر يفتح حانوته نهارا فى السوق ويأذن للناس فى الدخول ليشتروا منه فإذا سرق واحد منه شيئا لايقطع وكذا الخانات (إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال) وإنما اختل الحرز بالنهار للإذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ ، لأن المسجد

شمس الأئمة . وقال (المودع والمستعير لايضمنان بمثل ذلك لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ماقاله فى الفتاوى) يعنى قال فيها إنهما يضمنان فى هذه الصورة ، ولكن ذكر فى الفتاوى الظهيرية مثل ماذكره شمس الأئمة ثم قال : وقالوا إنما لايجب الضمان إذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيها إذا نام قاعدا ، وأما إذا نام مضطجعا فعليه الضمان ، وهذا إذا كان فى الحضر ، وأما إذا كان فى السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا . كذا فى النهاية . وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعنى فى الوقت الذى أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس فى دخوله لوجود الإذن عادة) يعنى فى الحمام (أو حقيقة) يعنى فى البيت الذى أذن للناس بالدخول فيه . وقوله (ويدخل فى ذلك) أى فى قوله أو من بيت أذن للناس فى دخوله . وقوله (إلا إذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع . وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر .

(قال المصنف : ومن سرق شيئا من حرز) أقول : تفريع وبيان لما قاله أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ .

مابنى لإحراز الأموال فلم يكن المـال محرزا بالمكان ، بخلاف الحمام والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لايقطع لأنه بنى للإحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الإحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه) لأن البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة (ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الداركلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها، ولأن الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الأخذ (فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع) لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)

مابنى لإحراز الأموال فلم يكن محرزا بالمكان) لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالإذن كالحمام ، فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالأخذ ، وعلى هذا ما فى الخلاصة : جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لايقطع ، ولو كان فى المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ، ولأنه) بالإذن صار (بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة) وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار التى أذن له فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، ذكره القدورى فى شرحه ، لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ، ولهذا إذا أخرج اللص من بعض بيوت الدار إلى الدار لايقطع مالم يخرجه من الدار ، وإذا كان واحدا فبالإذن فى الدار اختل الحرز فى البيوت ، وسيأتى مايفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلابد من الإخراج ، ولأن الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الأخذ) وهتك الحرز (فإذا كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد ، وأول بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار ، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لأنه على هذا التقدير بعد الإخراج إليها كالإخراج إلى السكة ، بخلاف ماتقدم لأن بيوت الدار كلها فى يد واحد ، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان . وفى الفتاوى الصغرى : القوم إذا كانوا فى دار كل واحد فى مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا . ثم فى الفصل الأول قال بعضهم : لاضمان عليه إذا تلف المسروق فى يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه . والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل

وقوله (ومن سرق سرقة) أى مالا وسمى الشىء المسروق سرقة مجازا ، ومنه قول محمد : إذا كانت السرقة مصحفا . وقوله (وإن كانت فيها) أى فى الدار (مقاصير) يعنى حجرات وبيوت . وقوله (وإن أغار إنسان) أى دخل بسرعة . قال فى النهاية ناقلا عن المغرب : إن أغار لفظ شمس الأئمة الحلوانى والضمرى ، وأما لفظ محمد فهو وإن أعان إنسان من أهل المقاصير إنسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى . ولفظ شمس الأئمة السرخسى كذلك ، وكأنه أصح لأن الإغارة فى باب السرقة غير لائقة ، لأن السرقة أخذ مال فى خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لأنه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ فى المجاهرة مكابرة ومغالبة . وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن أعين الناس ، ومثل هذا المعنى لايليق به

لما بينا (وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد . وعن أبى يوسف رحمه الله : إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع ، وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى . (وإن ألقاه فى الطريق وخرج فأخذه قطع) وقال زفر رحمه الله : لايقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع

مقصورة على غرة فأخذ بسرعة ، يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو : إذا أسرع ، وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين إخراج الداخل يده إلى الخارج أو إدخال الخارج يده (ثم روى عن أبى يوسف : إن أخرج الداخل يده منها إلى الخارج فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع) وعلل الإطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل ، والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبى يوسف لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه ، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة وإخراج المال ، وما قيل إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لايقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده ، وإنما تم بهما إذا أدخل الخارج يده فأخذها ، وفيه قال أبو يوسف يقطعان . وقول مالك إن كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبى يوسف ، وقال : فإن انفرد كل بفعله لايقطع واحد منهما ، وهذا لايتحقق فى هذه الصورة إلا إذا اتفق أن خارجا رأى نقبا فأدخل يده فوقعت على شىء مما جمعه الداخل فأخذه فظاهر أنه لايقطع واحد منهما . قال : والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تأتى يعنى مسئلة نقب البيت وألقاه فى الطريق ثم خرج وأخذه ، ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه ، قيل يقطع ، والصحيح أنه لايقطع . قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى المال فى النهر ثم خرج فأخذه ، إن خرج بقوة الماء لايقطع لأنه لم يخرجه ، وقيل يقطع لأنه إخراج ذكره التمرتاشى . وقال فى المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة جريه الأصح أنه يلزمه القطع ، وهو قول الأئمة الثلاثة لأن جرى الماء به كان بسبب إلقائه فيه فيصير الإخراج مضافا إليه ، وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ، ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بتحريك الماء قطع بالإجماع ، وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لايصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (فى الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا لزفر (له أن الإلقاء غير موجب للقطع

إلا الإغارة ، وإذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الإغارة مرويا عن محمد ، وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن كل مقصورة الخ . وقوله (وإذا نقب اللص البيت) ظاهر . وقوله (وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا) إشارة إلى مسئلة نقب البيت (قوله وإن ألقاه فى الطريق) واضح . وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمى إلى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين) أقول : يعنى الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهو بناء على مسئلة) أقول : يظهر بناؤها عليها بأدنى التأمل ، لكن لابد فى قطع الداخل إذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله إذا دخل الحرز جماعة .

كما لو خرج ولم يأخذ ، وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره . ولنا أن الرمى حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع ، أوليتفرغ لقتال صاحب الدار أوللفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا ، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . قال(وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه) لأن سيره مضاف إليه لسوقه (وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف : هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله ؛

كما لو خرج ولم يأخذه) بأن تركه أو أخذه غيره (وكذا الأخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمى حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) إن أدرك (ولم يعترض على المال الذى أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا ، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لاسارق) وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبره فقطعت نسبة الأخذ إليه . والحاصل أن يد السارق تثبت عليه ، وبالإلقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ؛ ألا ترى أن من سقط منه مال فى الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه فى ذلك المكان فى يد صاحبه حكما فرده إليه كرده إلى صاحبه ، بخلاف مالو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية (وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه) فيقطع . وفى مبسوط أبى اليسر : وكذا إذا علقه فى عنق كلب وزجره يقطع ، ولو خرج بلا زجره لايقطع لأن للدابة اختيارا ، فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لاتنقطع نسبة الفعل إليها ، وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لايقطع (قوله وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا . قال رحمه الله : وهذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لايتم إلا بالإخراج بعد الأخذ ، والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه . قلنا : نعم هذا هو القياس ، ولكنا استحسنا قطعهم

يد أخرى على يده ، وإذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ الثانى وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحرز ولا مال فى يده . وقوله (فاعتبر الكل) أى إلقاؤه فى الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد كذلك . هذا وقوله (فإذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ . وقوله (وكذا إن حمله على حمار) ظاهر . قال (وإذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح ، وإنما وضع المسئلة فى دخول جميعهم لأنهم إذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف فعليهم التعزير ؛ ولا يقطع واحد منهم ، وإن كان غير الداخل يعين الداخل . والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز إنما يكون بالدخول وقد وجد فى مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم ، قالوا : هذا إذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلا بالغا ، وأما إذا كان الآخذ الحامل صبيا أو مجنونا فلا يقطع واحد منهم لأن غير الحامل فى هذا الفعل تبع للآخذ الحامل ، فإذا لم يجب القطع على من هو أصل لايجب على من هو تبع وإن كان الذى تولى الحمل والإخراج كبيرا لكن فيهم صبى أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبى حنيفة ومحمد ، لأن الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة

لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به . ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما فى السرقة الكبرى ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد. قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا لم يقطع) وعن أبى يوسف فى الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى فأخرج الغطريفى . ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال فى الدخول ، وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول ، وبخلاف ماتقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد . قال (وإن طر صرة خارجة من الكم

(لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى) وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم ، وأن قدرة القاتل والآخذ إنما هى بهم فكذا هذا (فإن السرّاق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه . وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) إن منع لم يضرّ ، وإنما وضعها فى دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا فى فعل السرقة لايقطع إلا الداخل إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف عزّروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولهذا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبى يوسف فى الإملاء أنه يقطع) وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق ، والدخول فيه لم يفعل قط إلا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد ، فاعتباره شرطا فى القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ماحصل (وصار كما إذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى فأخرج الغطريفى) أو فى الجوالق . والغطريفى : درهم منسوب إلى الغطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، وكانت دراهمه من أعزّ النقود ببخارى . قال المصنف (ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا فى حيز المنع منهم فأثبته بقوله (تحرزا عن شبهة العدم) أى شبهة عدم السرقة وهى مسقطة ، فإن الناقص يشبه العدم ، وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ، ولا شرط لوجودها إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه ، وفى كلا الصورتين معنى السرقة تام لانقص فيه ، وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شىء مالم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه ، وقلما يدخل الإنسان يده من كوّة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول فى الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره ، بخلاف البيت (وبخلاف ماتقدم من حمل البعض المتاع فإنه هو المعتاد) (قوله ومن طرّ) أى شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا

فى فعل بعضهم فلا يجب على الباقين . وقال أبو يوسف : يجب القطع إلا على الصبىّ والمجنون (قوله ومن نقب البيت) واضح . والغطريفى هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى كذا فى المغرب . ويؤيد وجه ظاهر الرواية ماروى عن على أنه قال : اللص إذا كان ظريفا لايقطع ، قيل : وكيف ذلك ؟ قال : أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل . وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى . فإن قيل : لو كان الكمال فى هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لأن فيه شبهة العدم . أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وإن طرّ صرة) الطرار هو الذى يطر الهميان : أى

لم يقطع ، وإن أدخل يده فى الكم يقطع) لأن فى الوجه الأول الرباط من خارج ، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز . وفى الثانى الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الأخذ فى الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه . قلنا : الحرز هو الكم لأنه يعتمده ، وإنما قصده قطع المسافة

الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع ، وإن أدخل يده فى الكم قطع ، لأن فى الوجه الأول الرباط من خارج ، فبالطرّ يتحقق الأخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز . وفى الثانى الرباط من داخل فبالطرّ يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطرّ حل الرباط ، ثم الأخذ فى الوجهين ينعكس الجواب) فإذا كان الرباط من خارج يقطع لأنه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم ، وإن كان الرباط من داخل الكم لايقطع لأنه حينئذ يأخذها من خارج الكم ، فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة . وعن أبى يوسف أنه) أى الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الأئمة الثلاثة ، لأن فى صورة أخذه من خارج الكم إن لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه ، وإذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم إلى جنبه فلأن يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى (قلنا : بل الحرز هنا ليس إلا الكم لأن صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لاقيام نفسه فصار الكم كالصندوق ، وهذا لأن المطرور كمه إما فى حال المشى أو فى غيره ، فمقصوده فى الأول ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال ، وإن كان الثانى فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فإنه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك ، فإنما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب ، ألا ترى أن من شق جوالقا على جمل يسير فأخذ مافيه قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوالق بما فيه لايقطع . وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ، ولو سرق نفس الفسطاط لايقطع ، لأنه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه ، بخلاف مالو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو فى فسطاط آخر

يشقها ويقطعها ، والصرة وعاء الدراهم ، يقال صررت الصرة : أى شددتها ، والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم ، وفى هذا التفصيل المذكور فى الكتاب دليل على أن المذكور فى أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية ، وهى ما إذا أدخل يده فى الكم فطرها (قوله فلا يوجد هتك الحرز) يعنى إدخال اليد فى الكم وإخراج الدراهم منه . وقوله (فى الوجهين) أى من الخارج والداخل . وقوله (ينعكس الجواب) يعنى فيما إذا كان حلّ الرباط خارج الكم يجب القطع ، لأنه لما حلّ الرباط الذى كان خارج الكم وقعت الدراهم فى الكم فاحتاج فى أخذ الدراهم إلى إدخال اليد فى الكم ، فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز ، بخلاف ما إذا كان حل الرباط فى داخل الكم فإنه لايقطع ، لأنه لما حل الرباط فى داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة ، فكان الأخذ من خارج الكم فلم يقطع لأنه لم يهتك الحرز فى أخذ المال ، لأنه وإن أدخل اليد فى الكم إلا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم ، وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة . وقوله (لأنه يعتمده) أى لأن صاحب الكم يعتمد الكم فى حفظ المال لاقيام

(قال المصنف : لأن فى الوجه الأول إلى قوله : هتك الحرز) أقول : فيه بحث يندفع بأدنى تأمل ، فإنه لايدخل يده فى الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك إذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال (قال المصنف : لأنه محرز إما بالكم) أقول : قال الكاكى أى فى صورة طرها خارج الكم (أو بصاحبه) أى فى صورة طرها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع النهى . بل الظاهر عكس ذلك ، وأيضا حينئذ لايلائم قوله لنا الحرز هو الكم إذ أبو يوسف لاينكره .

أو الاستراحة فأشبه الجوالق (وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع) لأنه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وإن شق الحمل وأخذ منه قطع) لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع (وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه إن كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل.

فإنه يقطع به . ولو سرق الغنم من المرعى لايقطع وإن كان الراعي معها، لأن الراعي لايقصد الحفظ بل مجرد الرعي، بخلاف مالو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لأنها بنيت لحفظها . وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لأنها محرزة به، وإن كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة، وكذا إذا أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع، وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر أن مايطلق في الأصول من أن الطرار يقطع إنما يأتي على قول أبي يوسف (قوله وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لأنه ليس بمحرز مقصود فتتمكن فيه شبهة العدم، وهذا لأن السائق والراكب والقائد إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لوكان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ، وأما القائد فحافظ للحمل الذي زمامه بيده فقط عندنا . وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده . وفرض أن قصده القطع المسافة ونقل الأمتعة لاينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به، وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في جريسة الجبل يحمل على ترك الراعي إياها في المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه، والقطار بكسر القاف: الإبل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق، ومنه جاء القوم متقاطرين: إذا جاء بعضهم إثر بعض (قوله وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع، ومعناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة، وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعني عند التصحيح . وقوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة.

نفسه عند المال، لأن قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لايخلو من أحد أمرين : قطع المسافة، أو الاستراحة وذلك لأنه إما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته، ففي الأول قصده قطع المسافة لاحفظ المال، وفي الثاني قصده الاستراحة، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب ؛ ألا ترى أن من شق الجوالق الذي على إبل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع . ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على إبل تسير لايقطع لأن السائق والقائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ماهو المذكور في الكتاب . وقوله (وإن سرق من القطار بعيرا) القطار : الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، ومنه تقاطر القوم إذا جاءوا أرسالا .

وذُكر فى بعض النسخ : وصاحبه نائم عليه أوحيث يكون حافظا له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار ، والله أعلم بالصواب .

فصل فى كيفية القطع وإثباته

قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل ، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل : أعنى الرسغ متيقن به ،

وذكر فى بعض النسخ الجامع : وصاحبه نائم عليه أوحيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ماقدمناه من القول المختار) وهو أنه لايشترط فى قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته .

(فصل فى كيفية القطع وإثباته)

ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلونا من قبل) وهو قوله تعالى ـ فاقطعوا أيديهما ـ والمعنى يديهما ، وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى ـ فقد صغت قلوبكما ـ ، وقد يثنى وقال :

• ظهراهما مثل ظهور الترسين • والأفصح الجمع ، وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود ـ فاقطعوا أيمانهما ـ وهى قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد إطلاق النص ، فهذا من تقييد المطلق لامن بيان المجمل لأن الصحيح

وقوله (وهذا يؤكد ماقدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا إلى قوله وهو الصحيح ، والله أعلم

(فصل فى كيفية القطع وإثباته)

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل فى بيانه . الزند مفصل طرف الذراع من الكف . والحسم من حسم العرق : كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (فالقطع لما تلوناه) يعنى قوله تعالى ـ ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الآية (واليمين بقراءة ابن مسعود) ـ فاقطعوا أيمانهما ـ وهى مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف فى الأصول (ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل : أعنى الرسغ متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل ، فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس إن المستحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لأن فيه قطعا مكررا ، وفيما قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد ، وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لأن اليد اسم للجارحة من رءوس الأصابع إلى الآباط لأن فيه

(فصل فى كيفية القطع)

(قال المصنف : لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط) أقول : ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن . قال العلامة الكاكى : اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع ، ولكن زال هذا الإبهام ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وإجماعهم اه (قوله لأن الاسم) أى اسم اليد ، وقوله

كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند، والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام « فاقطعوه واحسموه » ، ولأنه لو لم يحسم يفضى إلى التلف والحد زاجر لامتلف

أنه لا إجمال فى قوله ـ فاقطعوا أيديهما ـ وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين ، وكذا الصحابة . فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار ، وذلك لأن اليمين أنفع من اليسار لأنه يتمكن بها من الأعمال وحدها مالا يتمكن به من اليسار ، فلو كان الإطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لهم ما أمكن . وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلأنه المتوارث ، ومثله لايطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لايبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم . وروى فيه خصوص متون : منها ما رواه الدارقطنى فى حديث رداء صفوان قال فيه « ثم أمر بقطعه من المفصل » وضعف بالعزرمى . وابن عدى فى الكامل عن عبد الله بن عمر قال « قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل » وفيه عبد الرحمن بن سلمة . قال ابن القطان : لا أعرف له حالا . وأخرج ابن أبى شيبة عن رجاء بن حيوة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل » وإنما فيه الإرسال . وأخرج عن عمر وعلىّ أنهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الإجماع ، فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش، وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لأن اليد اسم للملك الله أعلم بصحته . وبتقدير ثبوته هو خرق للإجماع ، وهم لم يقدحوا فى الإجماع قبل الفتنة، ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ إطلاقا أشهر منه إلى المنكب ، بل صار يتبادر من إطلاق اليد فكان أولى باعتباره ؛ ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما إلى المنكب هو المراد وما إلى الرسغ ، فيتعين ما إلى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه ، وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبى هريرة « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام : ما إخاله سرق فقال السارق : بلى يارسول الله ، فقال : اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به ، فقطع ثم حسم ثم أتى به ، فقال : تب إلى الله ، قال : تبت إلى الله ، قال : تاب الله عليك » وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه أبو داود فى المراسيل ، وكذا رواه أبو القاسم بن سلام فى غريب الحديث وأخرج الدارقطنى عن حجية عن علىّ أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأنى أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أيور الحمر . والحسم الكىّ لينقطع الدم . وفى المغرب والمغنى لابن قدامة : هو أن يغمس فى الدهن الذى أغلى ، وثمن الزيت وكلفة الحسم فى بيت المال عندهم ، لأنه أمر القاطع به ، وبه قال الشافعى فى وجه ، وعندنا هو على السارق . وقول المصنف (لأنه لو لم يحسم يؤدى إلى التلف) يقتضى وجوبه ، والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب ، فإن لم يفعل لايأثم ، ويسن تعليق يده فى عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به . رواه أبو داود وابن ماجه . وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه ، ولم يثبت منه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة

تكثيرا للمقطوع ، . وقوله (كيف وقد صح أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا : يارسول الله إن هذا سرق ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما إخاله سرق ، فقال السارق : بلى يارسول الله ، فقال : اذهبوا به فاقطعوه . ثم احسموه » الحديث . وقوله (ولأنه لو لم يحسم) ظاهر .

يتناول اليد : أى يتناول المسمى به (قوله أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم) أقول : فيه شىء لأن ظاهر أسلوبه يوهم أن يكون قوله والحسم معطوفا على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند .

(فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزّر أيضا ، ذكره المشايخ رحمهم الله . وقال الشافعى رحمه الله : فى الثالثة تقطع يده اليسرى . وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام « من سرق فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه » ويروى مفسرا كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد .

(قوله وإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى) بالإجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ، ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك . وقال أبو ثور والروافض : يقطع من نصف القدم من مقعد الشراك لأن عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليه . قال (فإن سرق ثالثا لايقطع) بل يعزر (ويخلد فى السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعى : فى الثالثة تقطع يده اليسرى ، وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام « من سرق فاقطعوه ، ثم إن عاد فاقطعوه ، ثم إن عاد فاقطعوه ، ثم إن عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لايعرف ، ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال « جيء بسارق إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه ، قالوا : يارسول الله إنما سرق قال : اقطعوه فقطع ، ثم جيء به فى الثانية فقال اقتلوه ، قالوا : يارسول الله إنما سرق ، قال : اقطعوه فقطع ، ثم جيء به فى الثالثة فقال : اقتلوه ، قالوا : يارسول الله إنما سرق ، قال اقطعوه فقطع ، ثم جيء به فى الرابعة فقال : اقتلوه ، فقالوا : يارسول الله إنما سرق ، فقال اقطعوه فقطع ، ثم جيء به فى الخامسة قال : اقتلوه ؛ قال جابر : فانطلقنا به فقتلناه ، ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة » قال النسائى : حديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوى . وأخرج النسائى عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمى « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أتى بلص قال اقتلوه ، قالوا : يارسول الله إنما سرق ، قال : اقطعوه ، فقطع ، ثم سرق فقطعت رجله ، ثم سرق على عهد أبى بكر حتى قطعت قوائمه الأربع كلها ، ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال : اقتلوه » ورواه الطبرانى والحاكم فى المستدرك وقال : صحيح الإسناد . قال المصنف (وروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله » وفى سنده الواقدى . وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ، ولذا طعن الطحاوى كما ذكره المصنف فقال : تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا . وفى المبسوط : الحديث غير صحيح ، وإلا احتج به بعضهم فى مشاورة علىّ ؛ ولئن سلم يحمل على الانتساخ لأنه كان فى الابتداء تغليظ فى الحدود ؛ ألا ترى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك . وأما فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، فروى مالك فى الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبى بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن ظلمه ، فكان يصلى من الليل فيقول أبو بكر رضى الله عنه : وأبيك

وقوله (وخلد فى السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لايؤتى على أطرافه الأربعة بالقطع ؛ وإنما يقطع يمينه أول سرقة ، ورجله اليسرى فى ثانيها ، ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا . وعند الشافعى بعد الرابعة يحبس ، وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل . وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه هو فى حديث أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المرة الأولى تقطع يده اليمنى ، وفى الثانية الرجل) اليسرى ، وفى الثالثة اليد اليسرى ، وفى الرابعة الرجل اليمنى » (قوله ولأن الثالثة) ظاهر .

ولنا قول عليّ رضى الله عنه فيه : إنى لأستحى من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا يمشى

ماليلك بليل سارق ، ثم إنهم فقدوا عقدا لأسماء بنت عميس امرأة أبى بكر الصديق رضى الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول : اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح ، فوجدوا الحلىّ عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به ، فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى ، وقال أبو بكر : لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته . ورواه عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قدم على أبى بكر رضى الله عنه رجل أقطع ، فشكا إليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله فى سرقة وقال : والله مازدت على أنه كان يولينى شيئا من عمله فخنته فى فريضة واحدة فقطع يدي ورجلى ، فقال له أبو بكر : إن كنت صادقا فلأقيدنك منه ، فلم يلبثوا إلا قليلا حتى فقد آل أبى بكر حليا لهم ، فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال : اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح ، قال : فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده ، فقال له أبوبكر رضى الله عنه : ويلك إنك لقليل العلم بالله ، فقطع أبو بكر يده الثانية . قال محمد بن الحسن فى موطئه : قال الزهرى : ويروى عن عائشة قالت : إنما كان الذى سرق حلىّ أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبوبكر رجله اليسرى . قال : وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غير هذا ، وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل فى المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك . وذهب مالك والشافعى إلى أنه يعزّر ويحبس كقولنا فى الثالثة (قوله ولنا قول عليّ رضى الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن فى كتاب الآثار : وأخبرنا أبوحنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن عليّ بن أبى طالب رضى الله عنه قال : إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا ، إنى لأستحى من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها . ومن طريق محمد رواه الدارقطنى ورواه عبد الرزاق فى مصنفه : أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبى قال : كان عليّ لايقطع إلا اليد والرجل ، وإن سرق بعد ذلك سجنه ويقول : إنى لأستحى من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها . ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : كان عليّ لايزيد على أن يقطع السارق يدا ورجلا ، فإذا أتى به بعد ذلك قال : إنى لا أستحى أن أدعه لايتطهر لصلاته ، ولكن احبسوه . وأخرجه البيهقى عن عبد الله بن سلمة عن عليّ رضى الله عنه أنه أتى بسارق فقطع يده ، ثم أتى به فقطع رجله ، ثم أتى به فقال أقطع يده فبأى شىء يتمسح وبأى شىء يأكل . أقطع رجله على أى شىء يمشى ، إنى لأستحى من الله ، ثم ضربه وخلده فى السجن . وروى ابن أبى شيبة أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأل عن السارق ، فكتب إليه بمثل قول عليّ . وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم فى سارق فأجمعوا على مثل قول عليّ . وأخرج عن مكحول أن عمر رضى الله عنه قال : إذا سرق فاقطعوا يده ، ثم إن عاد فاقطعوا رجله ، ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجى بها ، ولكن احبسوه عن المسلمين . وأخرج عن النخعى كانوا يقولون : لايترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجى بها ، وهذا كله قد ثبت ثبوتا لامرد له ، فبعيد أن يقع فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التى غالبا تتوفر الدواعى على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ، ولا خبر بذلك عند عليّ وابن عباس وعمر من الأصحاب الملازمين له عليه الصلاة

عليها ، وبهذا حاجّ بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فانعقد إجماعا ، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ، ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه ، بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه . والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة

والسلام ، بل أقل ما فى الباب أن كان ينقل لهم إن غابوا بل لابد من علمهم بذلك وبذلك تقضى العادة ، فامتناع علىّ بعد ذلك إما لضعف الروايات المذكورة فى الإتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعى بالفساد فى الأرض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوى (قوله وبهذا حاجّ علىّ بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعا) يشير إلى ما فى تنقيح ابن عبد الهادى . قال سعيد بن منصور رضى الله عنه : حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أبيه قال : حضرت علىّ ابن أبى طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق ، فقال لأصحابه : ماترون فى هذا ؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال : قتلته إذا وماعليه القتل ، بأى شىء يأكل الطعام ؟ بأى شىء يتوضأ للصلاة ؟ بأى شىء يغتسل من جنابته ؟ بأى شىء يقوم على حاجته ، فردّه إلى السجن أياما ثم أخرجه ، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول وقال لهم مثل ماقال أوّل مرّة ، فجلده جلدا شديدا ثم أرسله . وقال سعيد أيضا : حدثنا أبو الأحوص عن سماك ابن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال : أتى عمر بن الخطاب بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله ، فقال علىّ رضى الله عنه : قال الله ـ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ـ الآية ، فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغى أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها ، إما أن تعزّره ، وإما أن تودعه السجن فاستودعه السجن . وهذا رواه البيهقى فى سننه ، وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علىّ رضى الله عنه وموافقة عمر له . قال المصنف (ولأنه إهلاك معنى) هو من قول علىّ رضى الله عنه : قتلته إذا (والحد زاجر) لامهلك (ولأنه نادر الوجود) أى يندر أن يسرق الإنسان بعد قطع يده ورجله (والحدّ) لايشرع إلا (فيما يغلب) على مامر غير مرة (بخلاف القصاص) يعنى لو قطع رجل يدى رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته (لأنه حق للعبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه) لايقال : اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب . لأنا نقول : لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة ، والأمر المقرون بالوصف وإن تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن إنما يكون حيث أمكن ، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم أن معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما ، وثبت قطع

(قوله فحجهم) أى غلبهم فى الحجة ، يقال حاجه فحجه : أى ناظره فى الحجة فغلبه بها (وقوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره : لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالإجماع ، وجميع ماذكرتم من المحظورات هناك موجود لأنه لايبقى له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها ، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود . وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد ، وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال : تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا أشار بها إلى ما رواه الشافعى . وقال أبو نصر البغدادى : قال الطحاوى : إنه حديث لا أصل له ، لأن كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الأمر بالقتل فى المرة الخامسة .

(وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا ، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان منها سوى الإبهام) لأن قوام البطش بالإبهام (فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع) لأن فوات الواحدة لايوجب خللا ظاهرا فى البطش . بخلاف فوات الأصبعين لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام فى نقصان البطش . قال (وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا فى سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شىء عليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقالا لاشىء عليه فى الخطأ ويضمن فى العمد) وقال زفر رحمه الله : يضمن فى الخطأ أيضا وهو القياس ، والمراد بالخطأ هو الخطأ فى الاجتهاد ،

الرجل فى الثانية بالسنة والإجماع ، وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لايقطع لأن فى القطع) والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطشا) فيما إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) إذا كان ذلك فى رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين ، وهذا لأن المشى لايتأتى مع قطع اليد و الرجل من جهة واحدة (وكذا) لايقطع يمين السارق (إذا كانت إبهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الأصبعا)ن من واحدة منهما (سوى الإبهام) لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام فى نقصان البطش ، بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لايوجب ذلك فيقطع ، ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان فى اليد اليمنى أنه يقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة ، وإنما خولف فى هذا الباب ماذكر فى الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع . وهنا جعله أصبعين لأن الحد يحتاط فى درئه (قوله وإذا قال الحاكم للحداد) أى للذى يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد (اقطع يمين هذا فى سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شىء عليه عند أبى حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب ، وبه قال أحمد (وقالا لاشىء عليه فى الخطإ ويضمن فى العمد) أرش اليسار (وعند زفر يضمن فى الخطإ أيضا) بخلاف مالو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لايضمن بالاتفاق . وعند مالك والشافعى يقتص فى العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع فى انتظار التعديل ثم عدلت لاقطع عليه لفوات محله ، وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه ، لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد . وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد) أى المراد (بالخطإ) الذى فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ فى الاجتهاد) ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد فى أن قطعها يجزئ

وقوله (لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعنى إن كانت يده اليسرى مؤفة (أو مشيا) إن كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر . قال (وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق) الحداد هو الذى يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد ، وإنما قيد بقوله يمين هذا لأنه إذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه فعل ماأمره به ، فإنه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه . ولم يذكر حكم ما إذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع . وقال فى المبسوط : لا شىء عليه ، لأن قيمة اليد قد سقطت بقضاء الإمام عليه بالقطع . فالقاطع استوفى يدا لاقيمة لها فلم يكن ضامنا ، لكن أدبه الإمام لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمره الإمام به وكلامه واضح .

وأما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لايجعل عفوا . وقيل يجعل عذرا أيضا . له أنه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها . قلنا إنه أخطأ فى اجتهاده ، إذ ليس فى النص تعيين اليمين ، والخطأ فى الاجتهاد موضوع : ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان فى المجتهدات ، وكان ينبغى أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ماهو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع ، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح .

عن قطع السرقة نظرا إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى ـ فاقطعوا أيديهما ـ (أما الخطأ فى معرفة اليمين من الشمال لايجعل عفوا) لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه ، وعلى هذا فالقطع فى الموضعين عمد ، وإنما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد فى إجزائها (وقيل) الخطأ فى اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا . لزفر أنه قطع يدا معصومة ، والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها . ولنا أنه) إنما (أخطأ فى اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع) بالإجماع ، وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوى بين اليمين واليسار (ولهما) فى العمد (أنه) جان حيث (قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمدا للظلم فلا يعفى وإن كان فى المجتهدات) لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد (وكان ينبغى أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة) الناشئة من إطلاق النص (ولأبى حنيفة رضى الله عنه أنه) وإن (أتلف) بلا حق ظلما لكنه (أخلف من جنسه ماهو خير له) وهى اليمين فإنها لاتقطع بعد قطع اليسرى وهى خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها ، بخلاف مالو قطع رجله اليمنى ، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة ، لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشى ، وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألفا أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لايضمنان شيئا (قوله وعلى هذا) أى على تعليل قول أبى حنيفة بالإخلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) للإخلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكر الإسبيجابى فى شرحه لمختصر الطحاوى حيث قال : هذا كله

وقوله (بغير حق) دليله أن الحق فى اليمين فى السرقة وهو أيضا لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تأويل) حيث لم يخطئ لأن الكلام فيما إذا تعمد فى قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وإن كان فى المجتهدات) لأن المجتهد لايعذر فيما إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامد (وكان ينبغى أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة) وهى قوله تعالى ـ فاقطعوا أيديهما ـ فإن ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة فى حق القصاص ، إذ القصاص لايثبت بالشبهة ، بخلاف ضمان المال . وقوله (ولأبى حنيفة) تقريره القول بالموجب . سلمنا أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل ، لكنه أخلف من جنسه ماهو خير منه فلا يعد إتلافا (وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أى لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضى بقطع يمينه (لايضمن) شيئا لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لايتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبيا غير مأمور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره فى شرح الطحاوى فقال فيه : ولو قطع غيره يده اليسرى فإن فى العمد القصاص وفى الخطإ الدية ، وسقط القطع عنه فى اليمين لأنه لو قطع أدى إلى الاستهلاك ، ويرد السرقة إن كان قائما وعليه ضمانه فى الهالك

(قوله يوجب تناول اليدين جميعا الخ) أقول : يعنى على سبيل البدل كما فى قوله تعالى ـ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم ـ

ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لايضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره . ثم فى العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حدا . وفى الخطأ كذلك على هذه الطريقة ، وعلى طريقة الاجتهاد لايضمن (ولايقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة)لأن الخصومة شرط لظهورها ، ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعى فى الإقرار ، لأن الجناية على مال الغير لاتظهر إلا بخصومته ،

إذا قطع الحداد بأمر السلطان ، ولو قطع يساره غيره فى العمد القصاص وفى الخطإ الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يمينى) فقطعها (لايضمن) وإن كان عالما بأنها يساره (بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم فى العمد عنده على السارق ضمان المال) إذا كان استهلكه (لأنه لم يقع حدا فى الخطإ كذلك على هذه الطريقة) أعنى طريقة عدم وقوعه حدا . وقيل طريقة الإخلاف ولازمها عدم وقوعه حدا فكلاهما واحد ، إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لايضمن) لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لايجتمعان . وإنما خص أبا حنيفة رضى الله عنه بلزوم الضمان على السارق فى عمد القطع مع أنهما أيضا يضمنانه لأن توهم أنه لايضمن إنما يثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم أنه لايضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه ، فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حدا (قوله ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة) والخصم هو المسروق منه فلابد من حضوره وهو قول الشافعى وأحمد وقال مالك وأبو ثور : لاتشترط المطالبة لعموم الآية وكما فى حد الزنا . وقوله (ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعى فى الإقرار) هو خلاف الأصح عنده ، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة : يعنى إذا أقر عند الحاكم إنى سرقت مال فلان نصابا من حرز لاشبهة فيه فإنه لايقطعه حتى يحضر فلان ويدعى . وما ذكره عن الشافعى رواية عن أبى يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا ليظهر سبب القطع الذى هو حق الله تعالى ، وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره . والجواب أنه مالم يظهر تصديق المقر له فى المقر به فهو للمقر ظاهرا ، ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز ، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو بطائفة السارق منهم ثابتة ، وكذا شبهة وجود

(قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم فى العمد عنده) اى عند أبى حنيفة رضى الله عنه (عليه) أى على السارق (ضمان المال) المسروق إن كان هالكا (لأنه لم يقع حدا) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد ، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيذانا بأن القطع لم يقع حدا ، إذ القطع حدا والضمان لايجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لاباعتبار أن القطع وقع حدا ، وأما على مذهبهما فظاهر لاحاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد فى العمد فلا يقع القطع حدا لامحالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا . وقوله (وفى الخطإ كذلك على هذه الطريقة) أى على طريقة أن القطع لم يقع حدا لأنه إذا لم يقع حدا لم يوجد ماينافى الضمان والمقتضى وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذى قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لايضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لايجتمعان قال (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء فى اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع ، فقال ابن أبى ليلى : لاحاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة

(قوله وإنما خص أبا حنيفة الخ) أقول : قال الشيخ الإمام السغناقى وتبعه الكاكى : وإنما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما ترد على مذهبه لأنه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب الضمان اهـ. وعندى أن ماذكر السغناقى أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعا للإتقانى فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ) أقول : فيه بحث فإن الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد) أقول : وجه التخصيص غير ظاهر فإن ذلك فى طرف أبى حنيفة أيضا .

وكذا إذا غاب عند القطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود (وللمستودع و الغاصب و صاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولربّ الوديعة أن يقطعه أيضا ، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي : لايقطع بخصومة الغاصب والمستودع ، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ، ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته

إذنه له فى دخوله فى بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة ، بخلاف الزنا فإنه لايباح بإباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة . والحق احتمال إباحة المالك ونحوه هى الشبهة الموهومة التى سينفيها المصنف وسيتضح لك ، فالمعوّل عليه ماذكرنا من أن ملك المقرّ قائم مالم يصدقه المقرّ له (قوله وكذا إذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لايقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمد خلافا لمالك (لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود) على مامر ، وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه فى ثبوت خلاف الشافعي ، لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا . ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع فى بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أى إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب ، وأما صاحب الربا فكالمشترى عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب ، إذ المشترى شراء فاسدا فى يد المشتري كالمغصوب (ولربّ الوديعة أن) يخاصمه و (يقطعه أيضا) كما للمودع (وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي : لايقطع بخصومة الغاصب والمستودع ، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والأب والوصى يقطع السارق لما فى أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك) بما فى أيديهم (إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أوبعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ،

كالزنا ، لأن المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى . وقال الشافعي : إن أقرّ السارق بالسرقة فلا حاجة إلى ذلك ، وإن ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لأن الشهادة تنبنى على الدعوى فى الحال ، فا لم يحضر هو أو نائبه لاتقبل شهادته ، وإن غاب بعد ذلك لايتعذر استيفاء القطع . وعندنا حضور شرط فى الإقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفى السرقة ، وكل ماهو شرط الشئ لايتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لايجوز ، وكلامه فى الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار ، لأن معنى قوله لأن الجناية على مال الغير لاتظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها : أى لظهور السرقة وهى الجناية . ويمكن أن يدفع بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثانى لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد ، ومعنى قوله لأن الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قيل صورته : رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة ، بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فإن الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظة) يريد متولى الوقف والأب والوصيّ ، ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وإن لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك (قوله إلا أن الراهن) استثناء منقطع ، وقد اختلف نسخ الهداية فيه ، فى بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده ، وفى بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين . واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا ؛ أما نقلا فلأنه موافق لرواية

(قوله ومعنى قوله إلى قوله قد تقدم) أقول : فى باب الشهادة على الشهادة .

حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه . والشافعى بناه على أصله أن لاخصومة لهؤلاء فى الاسترداد عنده . وزفر يقول : ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة . ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها ، وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع .

ويدل عليه تعليله بقوله (لأنه لاحق له فى المطالبة بالعين بدونه) أى بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم فى ردها ، وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال : كان فى نسخة المصنف بعد القضاء . وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس : يعنى أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه ، وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكا لايقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق فى مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ . وفى غاية البيان : وينبغى أن يكون للراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة ، لأن الزائد أمانة فى يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة إلى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعى رحمه الله بناه) أى بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لاخصومة لهم فى الاسترداد) عند جحود من فى يده المال المودع كأبناء غير المودع ، إلا أن يحضر المالك لأنهم لايملكون الخصومة فى الدعوى عليهم لإبقاء اليد ، فلأن لايملكوها لإعادة اليد أولى . قيل لكن المذكور فى كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وكذا يقول مالك ويزيد المستعير أيضا (وزفر يقول : ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع لأن فيه) أى فى القطع (تفويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض إذ تصير خصومته لإثبات الحفظ سببا لنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها ، وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) وهذه النكتة هى مبنى الخلاف : أعنى كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله (إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد)

الإيضاح والمحيط . قال فى المحيط : إذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لأنه لاسبيل له على أخذ الرهن . قال : وإن قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لأن له أن يأخذه . وكذا فى الإيضاح . وأما عقلا فلأن السارق إنما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ، والمراد بالرهن المرهون ، والضمير فى (بدونه) راجع إلى قضاء الدين ، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين : قيام المرهون حتى لو هلك لاسبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه . وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ ، وزفر والشافعى اتفقا فى الحكم واختلفا فى تخريج المناط (فالشافعى بناه على أصله أن لاخصومة لهؤلاء المذكورين فى الاسترداد عنده) إذا جحد من فى يده المال مالم يحضر المالك ، وإذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لايلتفت إلى خصومتهم (وزفر يقول : ولاية الخصومة فى الاسترداد ضرورة الحفظ) والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر فى حق القطع لأن فيه) أى فى ظهورها فى حق القطع (تفويت الصيانة) لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لاصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) أى غير ضرورية ، فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضى بحجة شرعية فيترتب عليه القطع ، وإنما قال إن الخصومة غير ضرورية (لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد)

والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر . ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومته

والأحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقا لهم ، كما أن ذلك للمالك بل الملك فى الحقيقة لم يرد إلا لليد ؛ وهذا لأن ذا اليد إن كان أمينا لايقدر على أداء الأمانة إلا بها ، وإن كان غاصبا لايقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان خصومة فى حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ، ولذا لايحتاج إلى إضافة المال إلى المالك بل يقول سرق منى وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه ، بخلاف خصومته فى القصاص لاتعتبر فلا يقتص بخصومته لأنه ليس فيه حقه فى إعادة يده . وأورد أن فى صورة الإقرار لايقطع إلا بحضور المالك وهو إحدى الحجتين ، وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لايقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما ، وما ذاك إلا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ماذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع أنه يقطع . أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة ، وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه ، بخلاف الوكيل ؛ ألا ترى أنه لايستغنى عن إضافة الخصومة إلى غيره . وفى فصل الإقرار شبهة زائدة هى جواز أن يرد المالك إقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة . ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وإن لزم غير مقصود ولا دائمى ، لأنه إنما يثبت إذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الإجماع على أن يقطع بخصومة الأب والوصى بسرقة مال اليتيم وإن لزمه سقوط الضمان فكان تعليله للملك مردودا بدلالة الإجماع . وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال إقرار المالك له : أى اعترافه بأنها له وإذنه إذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ، ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لاعلى تقدير منتف فى الحال ؛ ألا يرى أن القطع يستوفى بالإقرار وإن توهم اعتراض رجوعه . وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع ، وإن كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى أو أذنت له فى الدخول فى بيتى . ولا يخفى أن لافرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بعضهم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال إباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه ، فإنه جاز أنه إذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين

وهم فى ذلك كالمالك ، لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة لإعادة اليد على المحل تحصيلا للأغراض المتعلقة باليد ، وهذا المعنى موجود فى هؤلاء ، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل ، وأما المرتهن والمودع فللرد إلى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ ، وإذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر إنها ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع . وقوله (والمقصود من الخصومة) أى مقصود صاحب اليد (إحياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمنى غير معتبر ، وهذا جواب عن قول زفر لأن فيه تفويت الصيانة . وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغى أن لايقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر فى مسئلة قبيل هذا الاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق . وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فإن فيه شبهة موهومة أيضا وهو أن يحضر المؤتمن ويقول إنه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك

فى ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن فى دخول الحرز ثابتة (وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى) لأن المال غير متقوّم فى حق السارق حتى لايجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها ، وللأول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه

أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقرّ له به سرا ، فإذا كانت هذه شبهة موهومة لاتعتبر فكذلك تلك ، وإن اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها فى نفس الأمر لاعلى تقدير حضوره المتنى فى الحال فهذه كذلك ، لأن احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقرّ له به قائم فى الحال . وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال : ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لربّ المال أن يقطع السارق الثانى) وبه قال أحمد والشافعى فى قول . وقال مالك والشافعى فى قول : يقطع بخصومة المالك لأنه سرق نصابا من حرز لاشبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الأول أو لا . ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم فى حقه ، وكذا فى حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه . وروى فى نوادر هشام عن محمد : إن قطعت الأول لم أقطع الثانى وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت الثانى . ومثله فى الإملاء لأبى يوسف . وأطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق ، وهو قول أحمد لأن يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع فى أخذ مال ضائع . قلنا : بقى أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللأول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه)

(فى ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لأن السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أقرّ السارق بالسرقة فى غيبة المالك حيث لايقطع مالم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله إن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى الإقرار موجودة وشبهة الإذن بالدخول فى الحرز أو الإقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لايقطع . أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة فى دفع العلة عن مقتضاها لقوتها ، بخلاف صورة الإقرار فإنها لم تكن كذلك . قال (وإن قطع سارق بسرقة) المسروق إذا سرق من السارق ، فإما أن يكون قبل أن قطع يده أو بعده ، فإن كان الثانى لم يكن له : أى للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثانى ، أما السارق فلوجهين : أحدهما (أن المال غير متقوّم فى حقه حتى لايجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها) والثانى أن يده لم تبق من الأيدى التى ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لاتعتبر فى القطع وأما المالك فللوجه الأول . وقوله (وللأول) أى السارق الأول (ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك فى رواية أخرى لأن يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد مالك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وإن كان الأول يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم كان لضرورة القطع ، وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة

(قوله أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول : قد مر فى هذه الصحيفة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد أداء الشهادة ، فتأمل هل يندفع ذلك الاحتمالان دون أن يحضر المالك

(ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الأول أوبعد مادرئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول) لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) إلى الحاكم (لم يقطع) وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة، بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا

وفى رواية أخرى ليس له ذلك لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه إلى المالك. والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضى لايرده إلى الأول ولا إلى الثانى إذا رده لظهور خيانة كل منهما، بل يرده من يد الثانى إلى المالك إن كان حاضرا، وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الأول أو بعد مادرئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) بده (كيد (الغاصب) (قوله ومن سرق سرقة فردها إلى المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع. وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا ردها بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التى هى الموجب للقطع فكانت شرطا فى القطع، والخصومة لاتتحقق بعد الرد لأنها أعنى الخصومة الموجبة لاتتم إلا بإقامة البينة، وهى (إنما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف مابعد المرافعة) أى بخلاف مالو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فإنه يقطع، وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضى بالشهادة بعد خصومة معتبرة، وإذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهى وبالانتهاء يتقرر فى نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده، ولا فرق فى عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا فى عياله، ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك فى ماله، فالرد إليهم رد إليه حكما وذلك كاف فى الرد إليه، بخلاف مالو رد إلى ابنه وذوى رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله إن كانوا فى عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذى يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ فى هؤلاء كلهم فلا يقطع. ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم: أى سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع، ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة إلى من يعول المودع. وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه

لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فإما أن يردها (قبل الارتفاع إلى الحاكم) أو بعده، فإن كان الأول لم يقطع فى ظاهر الرواية (وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ماقبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعنى أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور، فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع، وإذا انقطع شرط ظهورها

(قال المصنف: إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول: فإن قيل إن أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة فى حقوق العباد فسلم ولا يفيد لأن القطع من حقوق الله، وإن أريد فى جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر. قلنا: المراد هو الأول، لكن ثبوت حق الله هنا يكون فى ضمن حق العبد فى المسروق، ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق، صرح به الزيلعى فتأمل.

(وإذا قضى على رجل بالقطع فى سرقة فوهبت له لم يقطع)معناه إذا سلمت إليه (وكذلك إذا باعها المالك إياه) وقال زفر والشافعى : يقطع ، وهو رواية عن أبى يوسف ،لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا . وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة. ولنا أن الإمضاء من القضاء فى هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء. إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده ،

المحرمة الذين فى عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله وإذا قضى على رجل بالقطع فى سرقة فوهبها له المالك) وسلمها إليه أو باعها منه (لايقطع . وقال زفر والشافعى) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبى يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ، ولا شبهة فى السرقة إلا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع . ومما ينفى صحة ذلك الاعتبار ما فى حديث صفوان أنه قال « يارسول الله لم أرد هذا ، ردائى عليه صدقة . فقال عليه الصلاة والسلام : فهلا قبل أن تأتينى به » رواه أبو داود وابن ماجه . زاد النسائى فى روايته « فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم » وهذا بخلاف مالو أقرّ له بالسرقة بعد القضاء فإنه لايقطع لأن بالإقرار يظهر الملك السابق فينتفى القطع (قوله ولنا أن الإمضاء) يعنى استيفاء الحد بالفعل (من القضاء فى باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ، ولو ملكه قبل القضاء لايقطع فكذا قبل الاستيفاء ، والشأن فى بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء فى هذا الباب ، وقد بيناه فى حد الزنا ، إلا أن المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء ، وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إلا إظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة

انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها ، وإن كان الثانى قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك ،والشىء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل، لكنها أعنى الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع ،والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم فى عياله وكذا إلى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده ،وكذا الرد إلى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا فى عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحسانا (وإذا قضى على رجل بالقطع فى سرقة فوهبه المالك) وسلمه إياه (أو باعه إياه لم يقطع) وإنما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعى : يقطع ،وهو رواية عن أبى يوسف ، قالوا : لأن السرقة قد تمت انعقادا) بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لاشبهة فيه إذ وضع المسئلة فى ذلك (وظهورا) لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعنى ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع ، وهذا احتراز عما إذا أقرّ به المسروق منه للسارق ، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتا للمقرّ له من الملك ، فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة(ولنا أن الإمضاء من القضاء)يعنى أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضى حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (فى هذا الباب) يعنى باب الحدود (لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) يعنى أن القضاء فى هذا الباب لايغنى غناءه : أى لايفيد فائدته إلا بالاستيفاء (لأن القضاء للإظهار) ولا إظهارها هنا (لأن القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء فى هذا

وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . قال (وكذا إذا نقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء . وعن محمد أنه يقطع وهوقول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين . ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا ، بخلاف النقصان

إلى القضاء لفظا ، بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه إلا بالاستيفاء (وإذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة ، بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع . وأما الحديث في رواية كما ذكر ، وفي رواية الحاكم في المستدرك قال : أنا أبيعه وأنسئه ثمنه ، وسكت عليه . وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ماكنت أريد هذا ، وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما؟ ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة ، ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب ، والاضطراب موجب للضعف . ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع إليه وفي ذلك لايكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك إذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لايقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد : يقطع وهو قول زفر) وباقي الأئمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان في العين) فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لايساوي عشرة يقطع بالاتفاق ، فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الإمضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة (بخلاف نقصان

الباب لعري عن الفائدة بالكلية وهو باطل ، بخلاف حقوق العباد فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء ، وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الإمضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لأن مايكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود ، فإن الحدود لاتستوفى إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع ذكره في الأسرار (وقوله وصار كما إذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء ، لأنه لما لم يمض فكأنه لم يقض . ولقائل أن يقول : جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع ، وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك إلا تناقض صرف . والجواب أن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ ، وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك وكان شبهة في درء الحد . قال (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له . وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لأن الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير . وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعني بأن هلك درهم من العشرة أو استهلكه ، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم ، فإن نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق ، وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالأول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما . ووجه الظاهر (أن كمال النصاب لما كان شرطا) في الابتداء (يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا) أن الإمضاء من القضاء ، والفرق بينه وبين النقصان

فى العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا ، كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا ، (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة . وقال الشافعى : لايسقط بمجرد الدعوى لأنه لايعجز عنه سارق فيؤدى إلى سدّ باب الحد . ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار (وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالى لم يقطعا) لأن الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما

العين لأن ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه دين و بعضه عين ، بخلاف نقصان السعر فإنه لايضمنه لأنه يكون لفتور الرغبات وذا لايكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع ، كذا فى النهاية . وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه (قوله وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ماشهد عليه الشاهدان بالسرقة) وإنما فسر به ليخرج ما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكى فإنه لايقطع بالإجماع ، ولكن يلزمه المال (وقال الشافعى : لايسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين ، كذا ذكره بعض أصحابه ، وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدى إلى سدّ باب الحد ، إذ لايعجز سارق عن هذا . ونقل عنه أنه لايقطع قيل هو نص الشافعى . وعن أحمد رواية أنه إن كان معروفا بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال . قال ابن قدامة : وأولى الروايات أنه لايقطع بكل حال لأن الحد يدرأ بالشبهات وهى احتمال صدقه . قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من أنه يفضى إلى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) إجماعا ، والسارق لايعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع ، على أنه ممنوع ، فإن من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لايسرقون غالبا (قوله وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال : أحدهما هو مالى لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل فى حق الراجع منهما ويورث الشبهة فى حق الآخر ، لأن السرقة ثبتت بإقرارهما

فى العين (أن النقصان فى العين مضمون عليه) أى على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الأخذ ودينا وقت الاستيفاء (كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة (فافترقا ، وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة) وإنما فسره بذلك احترازا عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعى : لايسقط بمجرد الدعوى لإفضائه إلى سد باب الحد حيث لايعجز سارق عن ذلك . ولنا أن الشبهة دارئة و) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) إنه لايعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الإقرار بالسرقة صحيح) وما من مقرّ إلا ويتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبرا فى إيراث الشبهة فكذا هذا ، وفيه نظر لأن الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة فى الحجة القاصرة مورثا لها فى الكاملة . والجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعدى إلى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقرّ فهما سواء (قوله وإذا أقرّ الرجلان بسرقة) مبناه على صحة الرجوع . وقوله (لأن الرجوع عامل فى حق الراجع) يعنى لعدم المكذب (ومورث للشبهة فى حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما

(قال المصنف : بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) أقول : يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الإقرار فى الحدود متفق عليه بيننا و بين الشافعى

على الشركة (فإن سرقا ثم غاب أحدهما و شهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول أولا : لايقطع ، لأنه لوحضر ربما يدعى الشبهة . وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لايورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على مامر (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف : يقطع والعشرة للمولى . وقال محمد : لايقطع والعشرة للمولى و هو قول زفر ، ومعناه إذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ،

على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول الأئمة الثلاثة (وكان يقول أولا لايقطع لأنه إن حضر) الغائب (ربما يدعى شبهة)والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على مامر) في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ، ثم لو حضر الغائب لايقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى ، وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لايقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة (قوله وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة ، لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه ، وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع . وقال زفر : لايقطع ولكن يضمن المال ، وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند

على الشركة) فيكون فعلا واحدا (قوله لأنه لوحضر ربما يدعى الشبهة) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لايجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لأن القضاء على الغائب لايجوز ، ولأن الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على مامر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض . قال (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة مال) إذا أقر العبد بسرقة ، فإما أن يكون مأذونا له أو محجورا عليه، وكل منهما على وجهين : إما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا ، وكل من ذلك على وجهين : أما إن كذبه المولى أو صدقه ، فإن صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، وإن كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الإقرار بمال قائم أو مستهلك ، ويرد القائم على المسروق منه . وإن كان محجورا عليه، فإن أقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة ، وإن أقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة : تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه ، وقال أبو يوسف : تقطع يده والمال للمولى ، وقال محمد : لاتقطع يده والمال للمولى . حكى عن الطحاوي أنه قال : سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول : الأقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة ، فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ، فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه . وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة : القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم ، وبدليل أنه لو قال أبغى المال

وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود ، لكن التعويل على مايفهم هنا وهو المصرح به في كتبهم (قوله بدليل أنه يبطل بالتقادم) أقول : فيه بحث (قوله وبدليل أنه لو قال أبغى المال الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : ومعناه) أقول : قال الإتقاني : أي معنى الاختلاف اه وفيه تأمل .

ولو كان العبد مأذونا له يقطع فى الوجهين) وقال زفر : لايقطع فى الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لايصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى ، والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته . والمحجور عليه لايصح إقراره بالمال أيضا ، ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمى

الثلاثة ، وهذا قول المصنف (ولوكان مأذونا قطع فى الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أوكذبه . وقال زفر : لايقطع ولكن يرد المال . وإن كان العبد محجورا ، فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة ، وقال زفر : لايقطع . وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لايقطع ، فظهر أن قول زفر لايقطع فى شىء وهو ماذكره المصنف بقوله (وقال زفر لايقطع فى الوجوه كلها) أى فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة ، أو مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة . واختلف علماؤنا الثلاثة فى هذا : أعنى إقرار المحجور بقائمة فى يده فقال أبو حنيفة : يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه . وقال أبو يوسف : يقطع والسرقة لمولاه . وقال محمد : لايقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له . وقال الطحاوى : سمعت أستاذى ابن أبى عمران يقول : الأقوال الثلاثة كلها عن أبى حنيفة ، فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف . ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه ، فهو نظير مسئلة الحملان فى الزكاة . ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى فى إقراره وقال المال مالى ، أما إذا صدقه فلا إشكال فى القطع ورد المال للمقر له به اتفاقا ، هذا كله إذا كان العبد كثيرا وقت الإقرار ، فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر ، غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ، وإن كان هالكا يضمن ، وإن كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولا بعد العتق . وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لايصح لأن إقراره) بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالإتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالإقرار به إقرار على مال الغير (والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له) لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل فى الطرف (يؤاخذ) بالمال (بضمانه) إن كان هالكا ويرده إن كان قائما (لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى) حيث أذن له فى المعاملات (ونحن نقول الإقرار بها منه صحيح لأن أثر الإقرار بها يرجع إليه من حيث هو آدمى) لا من حيث هو مال ، وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ، ألا

ولا أبغى القطع لم يسقط القطع . وقال أبو يوسف : كل منهما أصل ، أما أصالة القطع فيما قالوا فى الحر إذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو فى يد عمرو وكذبه عمرو ، ويصح إقراره فى حق القطع دون المال ، وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق مادون العشرة لايقطع والخصومة شرط ، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب . وقال محمد : المال أصل والقطع تبع ، ووجهه وجه أبى يوسف فى أصالة المال ، وإذا ثبت هذا ظهر ما فى الكتاب سوى ألفاظ نبينها ، فقوله (فى الوجهين) يعنى فيما إذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا . وقوله (فى الوجوه كلها) أى فيما إذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له ، وفيما إذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا . وقوله (لأنه يرد على نفسه) يعنى فيما إذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعنى فيما إذا أقر بالسرقة . وقوله (يؤاخذ بالضمان) يعنى فى المستهلك . وقوله (والمال) يعنى إذا كان قائما فى يده . وقوله (من حيث إنه آدمى) يشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمى مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك ، والعبد فى ذلك كالحر .

ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال ، ولأنه لاتهمة فى هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار، ومثله مقبول على الغير . لمحمد فى المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل : ولهذا لايصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى . ولا قطع على العبد فى سرقة مال المولى . يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه ، وفى عكسه لاتسمع ولا يثبت ، وإذا بطل فيما هو الأصل بطل فى التبع ، بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذى فى يده صحيح فيصح فى حق القطع تبعا . ولأبى يوسف أنه أقرّ بشيئين :

يرى أن المولى لايملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (ولأنه لاتهمة فى هذا الإقرار) ليبطل فى حق السيد لأن ضرره الراجع إليه به فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوّت عليه نفسه أو طرفه ، وما كان كذلك ينفذ على الغير ، كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه ، لأن ما لزمهم من ذلك فرع لزمه مثله فنفذ فى حقهم تبعا لنفاذه عليه . وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل إجماعا وإن كان فيه إبطال ديون الناس . و(لمحمد فى المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولذا لايصح إقراره بالغصب فيبقى ما فى يده مال المولى) إذ الفرض تكذيب المولى له فى إقراره فقد أقرّ بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لايقطع ، وبهذا القدر يتم الوجه . وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد : أى يؤكد ماذكرنا من عدم القطع (أن المال) فى لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لايتحقق دون متبوعه ، فحيث لم يجب المال للغير لايجب القطع . وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع فى السرقة فى حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) فى دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فإنه يقضى بالمال (دون القطع) وكذا إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفى عكسه لاتسمع) حتى لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لاتسمع خصومته فإنما يصح فى حق القطع تبعا للمال ، وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولأبى يوسف أنه أقر بشيئين) أى أقر بما

فإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الحر كإقرار الحرّ ، ولهذا لايملك المولى الإقرار عليه بذلك ، وما لايملك المولى الإقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق . وقوله (ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال) يعنى لما صح إقراره من حيث إنه آدمى يصح من حيث أنه مال أيضا بالسراية إليها لأن آدميته لاتنفك عن ماليته . وقوله (لما يشتمل عليه) أى على العبد (من الأضرار) لأن مايلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق مايلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أى ومثل ماكان ضرر الإقرار فيه ساريا إلى المقرّ وإلى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب فى ذلك الإقرار ، كما إذا شهد الواحد عند الإمام برؤية هلال رمضان وفى السماء علة يقبل الإمام شهادته وإن لم يقبلها فى سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره ، وكذلك الحرّ المديون المفلس إذا أقرّ بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء . وقوله (ولا قطع على العبد فى سرقته) أى فى سرقة مال مولاه . وقوله (يؤيده أن المال أصل فيها) إشارة إلى مامهدنا من الأصل . وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه) كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع (وفى عكسه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة (ولا يثبت) القطع دون المال .

(قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) أقول : أى بدون الخصومة فى القطع وإن لم يسقط القطع كما مر .

بالقطع وهو على نفسه فيصح على ماذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه ، والقطع يستحق بدونه؛ كما إذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع يد المقر وإن كان لايصدق فى تعيين الثوب حتى لايؤخذ من زيد . ولأبى حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء ، والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه ، بخلاف مسئلة الحرّ لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع ، أما لايجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا

يوجب شيئين (القطع وهو) إقرار (على نفسه)فيقطع (على ماذكرنا) مع زفر من وجه صحة إقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) إقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح فى حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما إذا أقرّ بسرقة مستهلكة فإنه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر : هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبى يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد إلى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولأبى حنيفة أن الإقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا فى الكلام مع زفر من أنه آدمى إلى آخره ، ويلزمه صحته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى . والحاصل أنه إذا صح الإقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع ، وهو ملزوم بحكم الشرع بكون المال للمقرّ له إذ لا قطع بمال السيد وإلى هنا يتم الوجه . وقوله (لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لاتظهر الحاجة إليها . وقوله (بخلاف مسئلة الحرّ) يريد إلزام أبى يوسف بما إذا قال الحرّ الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو ويقطع به ولا يدفع لعمرو ، فكذا جاز أن يقطع بما أقرّ به من مال الأجنبى ولا يدفع إليه فقال فرق بينهما فإن القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة إقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب

وقوله(فلا يصح فى حقه فيه) أى فلايصح إقرارالعبد فى حق المولى فى المال.وقوله(والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ؛ ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما إذا شهد به رجل وامرأتان ، وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا أقرّ بسرقة مال مستهلك . قوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمى . وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) أى لما صح إقراره بالقطع باعتبار أنه آدمى مكلف صح إقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة إقراره بالقطع لما مهدناه من أصله . وقوله (لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الإقرار بالشىء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الإخبار . وقوله (حتى تسقط) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء . قوله (باعتباره) أى باعتبار القطع لما يجىء من أصلنا أن القطع لايجتمع مع الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوّم فى حق السارق يدل على أن المال تابع ، لأنه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم إلى غيره لأن مقصوديته إنما تكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك ، إذ لاوجود للتابع مع عدم وجود الأصل . وقوله (بخلاف مسئلة الحرّ) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله إذا قال الحرّ الثوب الذى فى يد زيد الخ . وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو فى حق الرد إلى عمرو لايلزمه عدم القطع ، بل يقطع لأنه يجعل المقرّ له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال إليه لما مرّ أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وإن لم يرد إليه المال ، وأما هاهنا فلو لم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لايجب القطع لأن العبد إذا سرق مال المولى لاتقطع يده .

(قال المصنف : حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول : معارض بما إذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع ، وجوابه لا يخفى

ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع . قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وإن كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك ، وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور . وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك . وقال الشافعى : يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم أو شرب خمر مملوكة لذمى . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكارا للوديعة غير أن المقرّ ليس خصما له فى ذلك ، والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت ، بخلاف مانحن فيه ، فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقرّ له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لايقطع (قوله وإذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لايضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثورى وعطاء والشعبى ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن فى الاستهلاك . وقال الشافعى : يضمن فيهما) أى فى الهلاك والاستهلاك . وهو قول أحمد والحسن والنخعى والليث والبتى وإسحاق وحماد . وقال مالك : إن كان السارق موسرا ضمن ، وإن كان معسرا لاضمان عليه نظرا للجانبين ، ولا خلاف إن كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع . ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا ، فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال . وجه قولهم عموم قوله تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ، ولأنه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب ، والمانع إنما هو منافاة بين حق القطع والضمان ، ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين : أحدهما حق الله وهو النهى عن هذه الجناية الخاصة ، والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمى) على قولكم فإنكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا للذمى فهذا إلزامى فإنهم لايضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائى عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال : سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله

ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد ، فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيردّ إلى الذى أقر بالسرقة منه .
(قوله ولو صدقه المولى) قدمناه فى أول البحث . قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) كلامه واضح .
وقوله (كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم) يعنى من حيث أنه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى . وقوله (أو شرب الخمر للذمى) يعنى على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لايجب عنده وإن كان للذمى (ولنا ماروى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

إذ لا بقاء إذا رجع (قال المصنف وإذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) أقول : لو أطلق من قوله فى يده لكان أشمل . قال صاحب البدائع والعلامة الكاكى : ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه ، فإن كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه ، وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لأنه يرجع عليه بثمن المسروق لابقيمته اهـ .

«لاغرم على السارق بعدماقطعت يمينه » ولأنوجوب الضمان ينافى القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ ، فتبين أنه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدى إلى انتفائه فهو المنتفى ، ولأن المحل لايبقى معصوما حقا للعبد ، إذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه

عليه وسلم أنه قال « لايغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد» ولفظ الدارقطنى (لاغرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده ، فإنه مسور بن إبراهيم بن عبدالرحمن بن عوف ، وسعد بن إبراهيم مجهول ، وفيه انقطاع آخر ، فإن إسحاق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس ابن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهرى ، وقال ابن المنذر : سعد بن إبراهيم هذا مجهول ، وقيل إنه الزهرى قاضى المدينة وهو أحد الثقات الأثبات . وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوى وأمانته ، وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهرى فقد عرف وبطل القدح به . وما قال ابن قدامة إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار : « لايضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد » ولم يزد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافى القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فيتبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع فى ماكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدى إلى انتفائه فهو المنتفى) والمؤدى إليه الضمان فينتفى الضمان (ولأن المسروق لايبقى مع القطع معصوما حقا للعبد ، إذ لو بقى كان مباحا فى نفسه) وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة فى السرقة ، إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد ، لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشىء محرما لغيره ونفسه كالزنا فى نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا فى نفسه . لأنا نقول : مافرض فيه الكلام وهو المال المسروق لايكون قط محرما إلا لغيره . ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التى علم تعالى أنها تتصل بها السرقة ، وإنما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع ، فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا له تعالى فى ذلك المال ، كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لأنا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التى علم

« لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه ») لايقال : هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لاترد إلى صاحبها لأن ذلك لايسمى غرما . وقوله (وما يؤدى إلى انتفائه) إنما كان مايؤدى إلى انتفائه هو المنتفى لكونه ثابتا بالإجماع .وقوله (إذ لو بقى) يعنى معصوما حقا للعبد (لكان مباحا فى نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ماهو حرام حق العبد فهو مباح فى نفسه وكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه (فينتفى القطع للشبهة) إذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث ، فإذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ماذكر فى المبسوط إذا صارت المالية لله تعالى فى هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق فى حق العبد بما لاقيمة له ، ولكن هذا لايتقرر إلا باستيفاء القطع لأنه خالص لله تعالى ، فتمامه بالاستيفاء ، فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل فى ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد ، وإن تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان .

(قوله لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول : منقوض بخمر الذمى .

إلا أن العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة فى حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة .

تعالى اتصال الوطء بها ، وكذا فى أعتق عبدك عنى بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط . فإن قلت : فما وجه رواية الحسن فى الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغى أن لايفترق الحال؟ فأجاب المصنف عنه بقوله (إلا أن العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ، ولا ضرورة فى حق فعل آخر) إنما الضرورة فى نفى شبهة الإباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أى شبهة الإباحة إنما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وإن كان فعلا آخر إلا أنه (إتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت فى السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان) فى فصل الاستهلاك (لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق والضمان ، لأن المسروق معصوم حقا للعبد فى حالة الاستهلاك فقط ، والضمان مال معصوم حقا له فى حالتى الهلاك والاستهلاك ، فإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان ، لأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص ، بخلاف شرب خمر الذمى لأنه أتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه ، وفيه جناية على عقله ، وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ، ومثله صيد الحرم المملوك . وفى المبسوط : روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة ، فأما ديانة فيفتى بالضمان

وقوله (إلا أن العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لايجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبى حنيفة وجوب الضمان فيه ، وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة تحقق القطع ، وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لاضرورة فى حقه لأنه ليس القطع ولا من لوازمه (وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لأن اعتبار الشبهة إنما يكون بجعل السبب فى الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك كما فى الهلاك (أن الاستهلاك إتمام المقصود) بالسبب وهو السرقة لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا أنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لإسقاط الضمان كاعتبارها فى نفس السبب . وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة) قال فى النهاية : أى لأن سقوط العصمة فى فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى فصل الهلاك . وأقول : معناه سقوط العصمة فى الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها فى الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك ، وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية فى الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح ، لأن الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص ، وهى منتفية لأن المضمون به مال معصوم فى الهلاك والاستهلاك ، حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك ، والمضمون وهو المسروق معصوم فى الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ، ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين والمعصوم فى حالة واحدة . ومن الشارحين من قال لأنه أى لأن سقوط الضمان من

(قال المصنف : إلا أن العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك) أقول : وأنت خبير بأن الحديث والتعليل الأول لايفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لايجب الضمان عند الاستهلاك) أقول : يجب الضمان باستهلاك خمر الذمى كما سبق آنفا (قوله لأن الضمان إلى قوله : بالنص - أقول : يعنى قوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - (قوله ومن الشارحين من قال) أقول : أراد الإتقانى .

قال (ومن سرق سرقات فقطع فى إحداها فهو لجميعها ، ولا يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يضمن كلها إلا التى قطع لها) ومعنى المسئلة إذا حضر أحدهم ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق فى السرقات كلها . لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضى ، فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ؛ ألا يرى أنه يرجع نفعه

للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق . وفى الإيضاح . قال أبوحنيفة : لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه ، لأن الثوب على ملك المسروق منه ، وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع ، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة ، وكالباغى إذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ، وتعذر إيجاب الضمان بعارض ظهر أثره فى حق الحكم ، وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع فى إحداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أى ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيئا) لأرباب تلك السرقات (عند أبى حنيفة وقالا : يضمن كلها إلا) السرقة (التى قطع فيها ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا) من السرقات (بالاتفاق . لهما أن الحاضر ليس نائبا عن الغائب ، ولابد من الخصومة لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل . والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فإذا كان الحكم الشرعى

ضرورات سقوط العصمة : يعنى أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان ، وهذا لأن ضمان العدوان مبنى على المماثلة بقوله تعالى ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لأن المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة . والذى يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة ، وكلام المصنف لا يساعده فتأمل . قال (ومن سرق سرقات فقطع فى إحداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة فى حق الغائب ، ولا بد من الخصومة لأنها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها ، وإذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة (وله أن الواجب بالكل) أى بكل السرقات (قطع واحد) لأنه يجب (حقا لله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة إلى الجميع لأن الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا (فإذا استوفى) يعنى ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ؛ ألا ترى أن نفعه) وهو الانزجار يرجع إلى الكل . فإن قيل : الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا ، والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصا لم يبرأ فكيف يبرأ إذا ثبت ضمنا ؟ أجيب بأنه كم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ، ثم هاهنا لما وقع القطع فى حق الكل بالإجماع تبعه ما هو الثابت فى ضمنه وهو سقوط الضمان . واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالإجماع ، فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان ، فالقول بالضمان فى واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض .

إلى الكل فيقع عن الكل ، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم فى البعض ، والله تعالى أعلم .

(باب مايحدث السارق فى السرقة)

(ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع) وعن أبى يوسف أنه لايقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشترى إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع .

الثابت فى نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها فى نفس الأمر علم القاضى بها أو لم يعلم ، ولا أثر لعدم علمه بها فى نفى الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب .

(باب مايحدث السارق فى السرقة)

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة) بعد الشق (قطع . وعن أبى يوسف أنه لايقطع) وإن كان لايساوى عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق ، وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر . واختلفت العبارات فى إفادة قول أبى يوسف فى بعضها مايفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهى كلام الهداية وفخر الإسلام البزدوى والصدر الشهيد والعتابى حيث قالوا وعن أبى يوسف ، وكذا قول الإسبيجابى ذكر الطحاوى قول أبى يوسف مع محمد وقول محمد مع أبى حنيفة فى الظاهر

وقوله (وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد) يعنى لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم فى البعض فقطع لأجل ذلك فعند أبى حنيفة لايضمن النصب الباقية ، وعندهما يضمن ، والله أعلم .

(باب مايحدث السارق فى السرقة)

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر فى هذا الباب مايسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدا تتلو الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين : أن يكون الشق فى الدار ، وأن يساوى عشرة دراهم بعد الشق فى الدار ، لأنه إذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فإنه يقطع قولا واحدا ، ولأنه إذا شق فى الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الأول دون الثانى (وعن أبى يوسف أنه لايقطع لأن له فى شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ، إن شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق (وصار كالمشترى إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فإنه لايقطع هناك فكذلك هاهنا ، والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك

(باب مايحدث السارق فى السرقة)

(ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك ، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ، ومثله لا يورث) الشبهة كنفس الأخذ ، وكما إذا سرق البائع معيبا باعه ، بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لإفادة الملك ، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب ،

وشمس الأئمة البيهقى زاد فقال فى كفايته : وعن أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة ، وفى بعضها مايفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار ، وقال أبو يوسف : لا يقطع ، وكذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى ، وقال أبو يوسف : كل شىء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك ربّ المتاع فلا قطع عليه . وجه قوله إن السرقة ماتمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك ، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به . كما لو سرق المشترى المبيع الذى فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك ، وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الأخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول إن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك ، بل السبب إنما يثبت عند اختيار التضمين ، وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سببا للضمان . فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك ، بخلاف الشق . ولما كان الكلام ليس فى الأخذ بل فى الشق تكلف فى تقريره بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر فى الأخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع إجماعا كذلك الشق ، وإنما يصير الشق سببا للضمان إذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) وإلا لثبت مثلها (فى نفس الأخذ) لأنه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك بأداء الضمان كالشق فصار (نظير ما إذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشترى العيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد بالعيب الذى به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ). الحاصل أن هذا الخلاف الكائن فى القطع هو فيما إذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك

(ولهما أن الأخذ) أى هذا الأخذ الذى فيه خرق فاحش ، واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ . وتقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له ، وإنما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وإنما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله) أى ومثل هذا الأخذ الذى هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشترى بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب ، وكذلك هاهنا يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ماذكر) أى أبو يوسف وهو قوله كالمشترى إذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه (إذ البيع موضوع لإفادة الملك ، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال : الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان ، فإذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهى مافات من العين والقطع بإخراج الباقى كما لو أخذ ثوبين ، فأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب . وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول : المورد هو الكاكى فى معراج الدراية ، لكن تقرير الجواب الذى هو مورد هذا الإيراد

فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشا، فإن كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

عندهما . وعند أبي يوسف لايقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لايقطع بالاتفاق (لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما لوملكه) إياه (بالهبة) بعد القضاء لايقطع على ماتقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطع في اليسير . واعلم أن الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا ، وتارة يكون إتلافا واستهلاكا ، وفيه يجب ضمان كل القيمة بلاخيار لأنه استهلاك ، وعلى هذا لايقطع لأنه ماثبت السرقة إلا بما ملكه بالضمان ، وقد حده التمرتاشي بأن ينقص أكثر من نصف القيمة . وأما الخرق الفاحش فقيل مايوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وإلا فيسير . ولا بد أن يكون المعنى فصاعدا مالم ينته إلى مابه يصير إتلافا . والصحيح أن الفاحش مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير مايفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي . وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعا بين القطع والضمان . وأجاب فقال : إنما لايجتمعان كي لايؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لايؤدي إليه ، إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء . واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية ، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لايجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع . فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لايجب ضمان النقصان ، وعن هذا قال في الفوائد الخبازية : وفي الصحيح لايضمن النقصان كي لايجتمع القطع مع الضمان ، ولأنه لو ضمن النقصان يملك ماضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن النقصان . والحق ماذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان ، والنقض بالاستهلاك غير وارد لأن الإستهلاك هناك بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق ، وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة مانقص ثابت قبل السرقة ، ثم إذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه إياه ؛ ألا يرى إلى قول الإمام قاضيخان : فإن كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان ، أما القطع فلأنه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة ، وأما ضمان النقصان فلوجود

فإنه فعل غير السرقة مع أنه لايجب الضمان . وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لايضمن النقصان . والجواب أن القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان ، بخلاف المستهلك فإن القطع كان لأجله لالشيء آخر (فإن اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لايقطع بالاتفاق لأنه ماكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ماكه بالهبة) فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلأن لايجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشا) وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فإن كان يسيرا) وهو مايفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ماسيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة)

ليس على هذا النمط فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول : أراد الخبازي ، قال الكاكي : وفي الخبازية وفي الصحيح أن لايضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان .

(وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترك الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة وقالا : لاسبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ، ثم وجوب الحد لايشكل على قوله لأنه لم يملكه ، وقيل على قولهما لايجب لأنه ملكه قبل القطع ، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه

سببه وهو التعييب الذى وقع قبل الإخراج الذى به تم السرقة ، ووجوب ضمان النقصان لايمنع القطع ، لأن ضمان النقصان وجب باتلاف مافات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقى فلا يمنع ، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب . وأما قول الباحث بملك ماضمنه فيكون كثوب مشترك إلى آخره فغلط لأن عند السرقة وهو الإخراج ماكان له ملك فى المخرج ، فإن الجزء الذى ملكه بالضمان هو ماكان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة وردت على ماليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ساوت نصابا بعد الذبح (لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على مامرّ لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصابا (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويرد الدراهم والدنانير على المسروق منه ، وقالا : يقطع ولاسبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبنى على خلاف آخر فى الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لاينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما ، وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لاينقطع بالصك حق المسروق منه فى السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لايشكل على هذا ، أما عندهما فقد قيل لايقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع ، لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة ، وقيل يقطع ولا شىء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شىء عليه . وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة فى الحديد والصفر بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية ، وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة فصار دراهم أو دنانير . وله أن هذه الصنعة فى الذهب

(قوله وإن سرق شاة فذبحها) ظاهر . وقوله (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) أى يساوى عشرة دراهم (فصنعه دراهم أودنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله فى الغصب) يريد أن مايقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق ، وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافا له) لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا ، وكل ماكان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة أو حديدا فجعله ذراعا فإنه ينقطع به حق المالك . وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين ، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة ، والصنعة هاهنا غير متقوّمة حتى لو كسر إبريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة ، وإذا كان كذلك كان اعتبار الباقى المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أى عين المسروق . وفى بعض النسخ عينهما أى عين الذهب والفضة ، وإنما ملك شيئا غيرهما فإن الأعيان تتبدل تتبدل الصفات أصله حديث بريرة .

(قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما الخ) أقول : أما تبدله حكما فلأن التبر لايصلح رأس المال فى المضاربات والشركات بخلاف المضروب .

(فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب ، والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا . ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى ، حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن مازاد الصبغ فيه ، وحق المالك فى الثوب قائم صورة لا معنى ؛ ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق ، بخلاف الغصب ، لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وإن صبغه أسود

والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لايجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك ، على أن الاسم باق وهواسم الذهب والفضة وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر) يقطع به بإجماع العلماء ثم لايؤخذ منه الثوب عند أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يضمنه (وقال محمد : يؤخذ منه الثوب) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويعطى قدر مازاد الصبغ فى الثوب اعتبارا بالغصب) فإن غاصب الثوب إذا صبغه أحمر لاينقطع به حق المالك فى الاسترداد اتفاقا ، فكذا فى السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ تابعا . ولهما أن الصبغ قائم صورة)وهو ظاهر . وقوله (ومعنى) أى من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لامعنى) فإنه لوهلك أو استهلك عند السارق لايضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا فعله ينقطع حق الواهب فى الرجوع بذلك (بخلاف الغصب ، لأن حق كل) من المغصوب منه والغاصب الذى صبغه (قائم صورة ومعنى) لانتفاء مايخل بالمعنى فى حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وإن صبغه) أى السارق (أسود) ثم قطع أو قطع

وقوله (فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر) قال صاحب النهاية : صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ ، فإن لفظ رواية الجامع الصغير ، محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ ، الثوب أحمر قال : ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق . وهذا كما ترى ليس فيه مايدل على قوله ثم صبغه لأن الواو للحال وهى لاتدل على التعقيب ، ولكن قول المصنف (ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره) إنما يستقيم إذا كانت صورة المسئلة ماقال ، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح . وقوله (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) . أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه محسوسة ، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك فى الثوب قائم صورة) لتمكنه من الاسترداد (لامعنى) لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك ، فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له إذا صبغ فإن حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعنى التى اعتبر بها صورة النزاع (لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعنى الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا) وإن صبغه أسود

(قال المصنف : فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب) أقول : وفى الكنز لو صبغه أحمر فقطع لايرد ولايضمن. قال الزيلعى فى شرحه : أى لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لايجب عليه رده ولا ضمانه ، وهكذا ذكره فى المحيط والكافى ، ولفظ صاحب الهداية : وإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ، ولفظ محمد : سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لافرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى. وأنت خبير بأن عبارة الهداية ليست على مانقله (قوله وهى لاتدل على التعقيب) أقول : بل صيغة المضى تدل على التقدم على ماعرف فى مباحث الحال (قوله إنما يستقيم إذا كانت الخ) أقول : فيه بحث .

أخذ منه فى المذهبين) يعنى عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأن السواد زيادة عنده كالحمرة ، وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لايقطع حق المالك ، وعند أبى حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك .

(باب قطع الطريق)

قال (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا

فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هذا والأول سواء) فلا يؤخذ منه (لأن السواد زيادة كالحمرة) وهى مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال فى الحمرة (وعند أبى حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) فى الاسترداد . قالوا : وهذا اختلاف عصر وزمان لاحجة وبرهان ، فإن الناس كانوا لايلبسون السواد فى زمنه ويلبسونه فى زمنهما . وفى شرح الطحاوى : لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف فى الصبغ : أى الأحمر ليس للمالك على السارق سبيل فى السويق ، وعند محمد يأخذه ويعطى مازاد السمن والعسل .

(باب قطع الطريق)

أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس بسرقة مطلقة ولذا لايتبادر هو أو مايدخل هو فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتبادر الأخذ خفية عن الناس ، ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجاز الضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الإدراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لاتطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله وإذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته : يعنى شوكته (يقصدون قطع الطريق) أى أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعى أربعة ، وبالنسبة إلى ماهو أعم منه

أخذ منه الثوب عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يؤخذ عند أبى يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة ، وأما عند أبى حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضا كالحمرة لكن لايقطع حق المالك ، والله أعلم .

(باب قطع الطريق)

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى ، أما تسميتها سرقة فلأن قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم ، كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه ، وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد فى حق قطاع الطريق ، وإنما أخره عن السرقة الصغرى لأنها أكثر وجودا منه . قوله (وإذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمى والحربى والحر والعبد ، وأراد بالامتناع أن يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له أن يدافع تعرض الغير

مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة ، وإن أخذوا مال مسلم أوذمى والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ملتبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حدا) والأصل فيه قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله - الآية ، والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهى أربعة : هذه الثلاثة المذكورة ، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى

خمسة . أما بالنسبة إلى الجزاء فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم فى الحبس أو يموتوا . وأما إن أخذوا مال مسلم أو ذمى والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أومايبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى . وأما إن قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الإمام حدا ، ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لايقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لايسمع فيه عفو غيره ، فمن عفا عنهم عصى الله تعالى . والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا ، وستأتى إن شاء الله تعالى . وفى فتاوى قاضيخان : وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا ، وهذا يخالف ماذكرنا ، إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل ، فإنا سنذكر فى نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان . وفيها أيضا إن خرج على القافلة فى الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله ، وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالا للنفى المذكور فى الآية . وأما بالنسبة إلى ماهو أعم فالأربعة المذكورة. والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتى أيضا فى الكتاب ، والتقييد بمسلم أو ذمى فى صدر المسئلة ليخرج المستأمن ، فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شىء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفار ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد ، وباقى الشروط من كون ذلك فى برية لا فى مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقلبه الشارحون يأتى ذلك كله فى الكتاب مفصلا (والأصل فيه) أى فى توزيع الأجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة (قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية، سمى قاطع الطريق محاربا لله لأن المسافر معتمد على الله تعالى، فالذى يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه فى تحصيل الأمن ، وأما محاربته لرسوله فإما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوّابه ، فإذا قطع الطريق التى تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أى يحاربون عباد الله ، وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمى (والمراد من الآية التوزيع) أى توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق ، وبه قال الشافعى والليث وإسحق وقتادة وأصحاب أحمد . وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعى وأبو ثور وداود : الإمام مخير فيه على ماهو ظاهر النص مطلقا . وقال مالك : إذا رأى الإمام القاطع جلد إذا رأى قتله ، وإن كان جلدا

عن نفسه بقوته وشجاعته ، وكلامه واضح . وقوله (قتلهم حدًّا) أى لايسقط القتل بعفو الأولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لأن المال فى البرارى محفوظ بحفظ الله تعالى ، فإذا أخذوه على سبيل المغالبة كان فى صورة المحارب (قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال) فيه إشارة إلى نفى مذهب مالك أن الإمام مخير بين هذه الأشياء نظرا إلى ظاهر كلمة أو . وقوله (وهى أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعنى قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا ، وقوله وإن أخذوا مال مسلم أو ذمى ، وقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا . والرابعة مايذكر بعيد هذا من القتل وأخذ المال .

ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها . أما الحبس فى الأولى فلأنه المراد بالنفى المذكور لأنه نفى عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ، ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الإخافة . وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لاتتحقق إلا بالمنعة . والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه . وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمى لتكون العصمة مؤبدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لايجب القطع . وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد كى لايستباح طرفه إلا بتناوله ماله خطر ، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كى لا يؤدى إلى تفويت جنس المنفعة . والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا ، حتى لو عفا الأولياء عنهم لايلتفت إلى عفوهم)

لارأى له قطعه . ولنا ما روى محمد عن أبى يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمى ، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبى بردة الطريق ، فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ، ومن قتل ولم يأخذ قتل ، ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، ومن جاء مسلما هدم الإسلام ماكان منه فى الشرك » . وفى رواية عطية عن ابن عباس : « ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفى » . وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أن ماذكر من القتل والصلب والقطع والنفى كلها أجزية على جناية القطع ، ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضى أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزية ، وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف ، ولأن فى هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين ، فقطع فى الأخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين ، لأن الغلظ فى هذه الجناية من جهة الفعل لامتعلقه ، ولموافقة قاعدة الشرع شرط فى قطعهم كون مايصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كى لايستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ، ولم يشترط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أو لا ، وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل

وقوله (ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أى على حسب الأحوال الواقعة فى قطع الطريق فاللائق تغلظ الحكم) أى الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الأحوال لا التخيير لأنه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة ، والكلام فى هذا البحث قد قررناه فى التقرير مستوفى (قوله فلأنه المراد بالنفى المذكور) يعنى عندنا ، فإن الشافعى يقول : المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع ، وما قلناه أولى لأن العقوبة بالحبس مشروعة والأخذ بما يوجد له نظير فى الشرع أولى من الأخذ بما لانظير له (قوله وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد : الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا ، لأن التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق بأخذها عضوا واحدا وهاهنا المستحق عضوان . ولايقطع عضوان فى السرقة إلا فى عشرين درهما . وقلنا : يغلظ الحد هاهنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار

(قال المصنف : ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أقول : عطف على التوهم كأنه قال : والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال لاالتخيير ، لأن الأجزية المذكورة فى الآية الكريمة أربعة ، والأحوال أيضا أربعة ، فالظاهر انقسام الأجزية عليها ، ولأن الجنايات الخ (قال المصنف : ويقتلون حدا) أقول : وفى فتاوى قاضيخان أنهم يقتلون قصاصا فبينهما مالا يخفى من المخالفة .

لأنه حق الشرع : (و) الرابعة (إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم . وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع) لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد

اليسرى بالإجماع كى لا يثوى نصفه ، وكذا الأحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لاتقطع يمينه ، وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لاتقطع اليسرى ، ولو كان مقطوع اليد اليمنى لاتقطع له يد ، وكذا الرجل اليسرى . فإن قلت : ليس فى الأجزية الموزعة الحبس . قلنا : هو المراد بالنفى ، وذلك لأن ظاهره لايعمل به وهو النفى من الأرض : أى من وجه الأرض لأنه يتحقق مادام حيا ، وإن حمل على بعضها وهى بلدته لايحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس ، لأنه إذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير إليه من البلدة الأخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس ، فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا . قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر :

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد النفى لايفيد فى المقصود قال : يحبس فى بلدة النفى ، ومعلوم أن المقصود لايتفاوت بالحبس فى بلدة النفى وغيرها فيقع تعيين بلدة النفى فى غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وإن شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم ، وهذا قول أبى حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف رحمه الله : لابد من الصلب للنص فى الحد ، ولا يجوز ترك الحد كالقتل ، وبه قال الشافعى وأحمد . أجاب بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ، ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب أحدا ، مع أن ظاهر النص لايحتم الصلب ، فإن قوله - أن يقتلوا أو يصلبوا - إنما يفيد أن يقتلوا بلاصلب أو يصلبوا بلا قتل ، لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالإجماع . وقال محمد : لايقطع ولكن يقتل أو يصلب . وفى عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد ، وبه قال مالك إن كان القاطع ذا رأى ، والشافعى وأحمد مع أبى يوسف فى أنه لابد من الصلب ومع محمد فى أنه لايقطع (وجه قولهم إنه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس

المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ، فنى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء . وقوله (كى لايؤدى إلى تفويت جنس المنفعة) حتى إذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى ، وأما إذا كانت يده اليمنى مقطوعة فإنه تقطع رجله اليسرى . وقوله (فالإمام بالخيار) حاصله أن الإمام بالخيار فى جمع العقوبتين بين قطع الأيدى والأرجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الأيدى والأرجل ، وكذلك للإمام الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدى والأرجل بين القتل والصلب ، وكان الخيار للإمام فى موضعين ، وهذا قول أبى حنيفة ، وذكر فى الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر فى عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لأنه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس دخل فى النفس فى باب الحد

(قال المصنف : والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار) أقول : فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفا أن المراد التوزيع على الأحوال فليتأمل فى التوفيق .

كحد السرقة والرجم . ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهى بالقتل وأخذ المال . ولهذا كان قطع اليد والرجل معا فى الكبرى حدا واحدا وإن كانا فى الصغرى حدين ، والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد . ثم ذكر فى الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوص عليه . والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه . ثم قال (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت) ومثله عن الكرخى . وعن الطحاوى أنه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة . وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ فى الردع وهو

كحد السرقة والرجم) إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف وهذا على اعتبار أبى يوسف مع أبى حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وإنما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية فى تفويت الأمن (حيث فوّت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود فى قطع الطريق ؛ ألا يرى أن قطع اليد والرجل فيها حدّ واحد وهو فى الصغرى حدان ، ولأن مقتضى التوزيع الذى لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع ، وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل ، إلا أن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد ، فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للإمام ، ، وما ذكر من دخول مادون النفس فى النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس ، أما إذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من إقامته فهى أجزاء حدّ واحد غير أنه إن بدأ بالجزء الذى لا تتلف به النفس فعل الآخر ، وإن بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أى القدورى فيما إذا اختار الإمام صلبه ، أو ما إذا قلنا بلزومه على قول أبى يوسف أنه (يصلب حيا ويبعج بطنه إلى أن يموت ، ومثله عن الكرخى . وجه قوله وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ فى الردع) ولأن المقصود الزجر وهو بما يحصل فى الحياة لا بما بعد الموت ، إلا أن يقال : النص دل على ذلك ، فإنه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لأنه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه ، والقتل الذى يعرض بعد الصلب ليس فى اللفظ . وعن الطحاوى يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة ، فإنها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف . لا يقال : وجه الأول وهو الأصح لا يخفى

كحد السرّقة والرجم) فإن السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لا غير لأن القتل يأتى على ذلك كله . قوله (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل فى الحدود لا فى حدّ واحد) ألا ترى أن الجلدات فى الزنا لا تتداخل . فإن قيل : لو كان حدا واحدا لما جاز للإمام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات . أجيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لأن مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه فى أجزاء حدّ واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ، ثم إذا قتله فلا فائدة فى اشتغاله بالقطع بعده كما إذا ضرب الزانى خمسين جلدة فمات فإنه يترك مابقى لأنه لا فائدة فى إقامته والبعج الشق من حد منع . قوله (وعن الكرخى مثله) أى مثل مانقل عن أبى يوسف أنه قال : يصلب وهو حىّ ويطعن بالرمح حتى يموت . وقوله (توقيا عن المثلة) لأنها منهى عنها « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور » .

(قوله أى مثل مانقل عن أبى يوسف) أقول : فيه بحث ، فإن المراد مثل ما قال القدورى .

المقصود به . قال (ولايصلب أكثر من ثلاثة أيام) لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به . وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره . قلنا : حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة . قال (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فإن باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم) لأنه جزاء المحاربة ، وهى تتحقق بأن يكون البعض ردءا للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق . قال (والقتل وإن كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لأنه يقع قطعا للطريق بقطع المارّة (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه فيما فيه الأرش وذلك إلى الأولياء) لأنه لاحدّ فى هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ماذكرناه فيستوفيه الولى (وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لأنه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس

أنه لايكافئ وجه الطحاوى . لأنا نقول : الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح ، والثانى هو المعتاد بينهم لأن عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو فى جدع الأذنين وقطع الأنف وسمل العينين . فإن كان هناك مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته ، فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لايحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه ، وعلمت فى كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولايصلب أكثر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتأذى به الناس . وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره . قلنا : حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لايقتضى الدوام بل بمقدار متعارف لإبلاء الأعذار كما فى مهلة المرتد وغيره كما فى مدة الخيار (قوله وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) لما بينا فى السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وإن باشر القتل أحدهم) أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا (لأن القتل جزاء المحاربة) التى فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردءا للبعض حتى إذا انهزموا انحازوا إليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعى . قلنا إنه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والردء كالغنيمة ، ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر فى قتل الكل وإن لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل ، لأن هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ، ولهذا يقتل غير المباشر (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص (اقتص وما كان لايجرى فيه ذلك لزمه الأرش) ويعرف مايقتص به ومالا يقتص فى الجنايات إن شاء الله رب العالمين ، وهذا (لأنه لاحدّ فى هذه الجناية) من قطع أو قتل (فظهر حق العبد فيستوفيه الولى وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لأنه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس) أى ماحل

وقوله (بما ذكرنا) أى بالصلب ثلاثة أيام . قال (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) إذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فى مال أخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح . وقوله (انحازوا إليهم) أى انضموا . وقوله (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الإمام التمرتاشى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق ، والمصنف لم يذكره فى الإجمال بل قال هى أربعة لأن مراد المصنف الأحوال التى يدل عليها الأجزية المذكورة فى النص حدا وهى أربعة كما ذكره . قوله (سقطت عصمة النفس

(قال المصنف : وإنما الشرط القتل من واحد منهم) أقول : لعل فيه تسامحا والمراد ظاهر : أى من واحد منهم لا أقل .

حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وإن أخذ بعد ماتاب وقد قتل عمدا فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه) لأن الحد فى هذه الجناية لايقام بعد التوبة للاستثناء المذكور فى النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله ، فظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولىّ القصاص أو يعفو ،

بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حدا لأن الحد والضمان لايجتمعان (قوله وإن أخذ بعد ماتاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص . قال تعالى ـ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ـ فإن كان قد قتل (فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه) لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به ، وحينئذ لابد أن يكون قتل بحديد ونحوه لأن القصاص لايجب إلا به ، ونحوه عند أبى حنيفة ، وكذا إذا كان أخذ مالا ثم تاب فإن صاحبه إن شاء تركه وإن شاء ضمنه إن كان هالكا ويأخذه إن كان قائما لأنه لايقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد فى ماله كما فى النفس) وفى المبسوط والمحيط : رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ، ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره فى الكتاب . واختلفوا فيه فقيل لايسقط الحد كسائر الحدود لاتسقط بالتوبة ، وقيل يسقط أشار إليه محمد

حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن مادون النفس يجرى مجرى الأموال فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح لأن موجب الأرش هو المال ، لأنه لو لم يسقط لصارت شبهة فى وجوب القطع ، إذ الجناية واحدة وهى قطع الطريق ، فإذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع . وقوله (فإن شاء الأولياء قتلوه) يعنى قصاصا . وقوله (للاستثناء المذكور فى النص) يريد به قوله تعالى ـ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ـ الآية . واعترض بأن قوله ـ إلا الذين تابوا ـ هاهنا نظيره ـ وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا ـ قيل هو استثناء من قوله ـ ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ـ إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين . وأجيب بأن قوله ـ وأولئك هم الفاسقون ـ لايصلح جزاء ، وقد قررناه فى التقرير ، بخلاف قوله ـ ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ـ واعترض أيضا بأن التوبة متوقفة على أداء المال أوّلا ، فإن كان الثانى لايستقيم التعليل بقوله ولأن التوبة تتوقف على رد المال ، وإن كان الأول كان الوجه الثانى داخلا فى الوجه الأول فلا يكون علة مستقلة ، إذ لايصح أن يكون الشىء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة إلى حكم واحد . وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهى الإقلاع فى الحال والاجتناب فى المآل والندم على مامضى والعزم على أن لايعود إليه أبدا ، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال . وذهب بعضهم إلى أن الحد لاينسقط مالم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها ، فالمصنف جمع بين قولى المشايخ من هذا الطريق ، ذكر الاختلاف الإمام المحقق فخر الإسلام فى مبسوطه . وقوله (ولا قطع فى مثله) أى فى مثل ما إذا ردّ المال إلى المالك لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه وهى شرط لوجوب القطع . وقوله (فظهر حق العبد) يعنى لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولىّ القصاص أو يعفو)

(قوله لأن موجب الأرش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وإن كان الأول الخ) أقول : لنا أن نختار الأول ونمنع قوله كون الوجه الثانى داخلا الخ ، فإن الداخل فيه هى المقدمة الأولى فقط ، فإن تقرير الوجه الثانى أن التوبة تكون برد المال ، وإذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره ، على أن توقفها عليه فى نفس الأمر أمر وملاحظته أمر آخر ، ولا يستلزم الأول الثانى ، وهذا كلام إجمالى والعاقل يكفيه الإشارة .

ويجب الضمان إذا هلك فى يده أو استهلكه (وإن كان من القطاع صبى أو مجنون أوذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور فىالصبى والمجنون قول أبى حنيفة وزفر . وعن أبى يوسف أنه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى .

فى الأصل لأن التوبة تسقط الحدّ فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فىالنص فلايصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص ، وسائر الحدود لاتسقط بالتوبة عندنا ، وبه قال مالك وأحمد فىرواية والشافعى فى قول ، وعنهما تسقط لقوله تعالى ـ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ـ ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما ، والآية منسوخة ، إنما كان ذلك فى أول الأمر . وإذا عرف هذا فقول المصنف ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله شبه التناقض ، لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة ، والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل . أجيب بفرض المسئلة فيما إذا رد بعضه فإنه علامة توبته ، فيكون ذلك شبهة فى سقوط الحد فيجب الضمان لوهلاك الباقى أو استهلكه ؛ ومثل مالو أخذوا بعد التوبة فى سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفى المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ، ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فإن الأمر فى القتل والجرح إلى الأولياء إن شاءوا قتلوا قصاصا وإن شاءوا عفوا . وقال عيسى يقتلهم الإمام حدا لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حدا لا قصاصا ، وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم ، ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شىء من المال فلا يسقط الحد . والأصح ماذكر فىالكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس إلاليصلوا إليه ، فإذا تركوا أخذالمال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع ، لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولىّ وتجرى فيه أحكام القصاص (قوله وإن كان من القطاع صبى أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات . وفى المبسوط : تابوا وفيهم عبد قطع يد حرّ دفعه مولاه أوفداه كما لوفعله فى غير قطع الطريق ، وهذا لأنه قصاص بين العبيد الأحرار فيمادون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء ، فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد فى مالها لأنه لاقصاص بين الرجال والنساء فى الأطراف والواقع منها عمد لاتعقله العاقلة . قال المصنف (فالمذكور فى الصبى والمجنون قول أبىحنيفة وزفر رحمهما الله . وعن أبى يوسف أنه لو باشر العقلاء) الأخذ والقتل (يحدّ الباقون) وإن باشر ذلك الصبى والمجنون فلا حد على الباقين. وقيل كان الوجه أن يقول : وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور فى الصبىّ والمجنون قول أبى حنيفة وزفر ، أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا . وعن أبى يوسف كما قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وغيره ، ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فإن العقلاء ممايقال فى مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) إن ولى المجنون أو الصبى

وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفى ولىّ القصاص . واعترض بأن وجود الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد إلى المالك . وأجيب بأنا نفرض المسئلة فيما إذا تاب رد بعض المال بأن يرد مال بعض المقطوع عليهم

(قوله واعترض بأن وجوب الضمان الخ) أقول : المعترض هو الكاكى والإتقانى (قوله وأجيب بأنا نفرض المسئلة الخ) أقول : المجيب هو الكاكى والإتقانى (قال المصنف : قول أبى حنيفة وزفر) أقول : أى قولهما قولا واحدا فلا غبار فى قوله وعن أبى يوسف (قال المصنف : لو باشر العقلاء) أقول : أطلق العقلاء ليدل على الكمال ، فالمراد العقلاء البالغون .

له أن المباشر أصل والرد تابع ولا خلل فى مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل فى التبع ، وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم . ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد . وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ماذكرناه ،

إخراج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولى غيرهما قطعوا إلا الصبى والمجنون ، وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم : لايسقط الحد عن غير الصبى والمجنون وذى الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلايسقط الحد عن الباقين (لأبى يوسف أن المباشر أصل والردء تابع ، ففى مباشرة العاقل الخلل فى التبع ولاعبرة به بعد أن لاخلل فى الأصل) فيحد الباقون (وفى عكسه) وهو أن يباشر الصبى والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الأصل ، فإن السقوط حينئذ فى التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون (ولهما) أى لأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لاتتحقق فى الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لايوجب فى حق الباقين ، لأن (فعل الباقين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لايثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد) إذا اجتمعا فى قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله) أى تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفى القطاع ذو رحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم وتصير شبهة فى نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شىء واحد ، فإذا امتنع فى حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع فى حق الباقين ، فأما إذا لم يكن المال مشتركا ، فإن لم يأخذ المال إلا من ذى الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والأصح أنه مجرى على الإطلاق) وأنهم لايحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة فى حق قطاع الطرق كشىء واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهى قطع الطريق

الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك فى يده حيث تصح توبته ويجب الضمان . وأقول : هذا إنما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال فى الجملة عند القائلين بذلك ، فأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ . وقوله (وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعنى إذا باشر غير العقلاء صار الخلل فى الأصل ، وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل . وقوله (فصار كالخاطئ مع العامد) يعنى إذا رمى بسهم إلى إنسان عمدا ورماه آخر خطأ وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لأن الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة فى حق العامد . وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازى إلى أن المسئلة محمولة على ما إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم ، وفى قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فإنه لايجب الحد على الباقين لأن المأخوذ شىء واحد ، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين ، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجرى عليهم لأن الأخذ من كل واحد منهم لاتعلق له بغيره ، كما لو سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبى مالا آخر ، بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هناك فى الحرز ولا معتبر بالحرز فى قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والأصح أنه مطلق) أى ليس بمقيد بكون المال مشتركا (لأن الجناية واحدة على ماذكرناه)

(قوله ذى الرحم المحرم من أحدهم) أقول : أى ذى رحم من أحد السراق .

فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء) لظهور حق العبد على ماذكرناه (فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا ، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا فى المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا . وفى القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعى لوجوده حقيقة . وعن أبى يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر إن كان بقربه لأنه لايلحقه الغوث .

(فالامتناع فى حق البعض لايوجب الامتناع فى حق الباقين) بخلاف السرقة من حرزين لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما ، وإذا كان فى المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لايحدون كذى الرحم المحرم (قوله بخلاف ما إذا كان فيهم) أى فى المقطوع عليهم وهو القافلة (مستأمن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لايوجب حد القطع كما على ذى الرحم المحرم ، ثم عند اختلاط ذى الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة فى الحد ، فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم . أجاب بأن (الامتناع فى حق المستأمن إنما كان لخلل فى عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء إن شاءوا عفوا وإن شاءوا اقتصوا) ويجرى الحال فى المال على ماذكر من قريب ، ولو لم يقع القتل والأخذ إلا فى المستأمنين لاحد عليهم ، ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وإن لم يكن معصوما على التأبيد ، والله تعالى أعلم (قوله وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة فلا يجب الحد ، وإذا لم يجب الحد وجب القصاص فى النفس إن قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم وضمانه إن هلك أو استهلكه (قوله ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا فى المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهى منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران إحداهما بالأخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين ، وحد بعضهم مكان القطع أن يكون فى قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر فى ظاهر الرواية (وفى القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعى) فإن فى وجيزهم : من أخذ فى البلد مالا مغالبة فهو قاطع طريق (وعن أبى يوسف أنه) إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لأنه لايلحقه الغوث لأنه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته فى المفازة ، ولا تفصيل فى النص فى مكان القطع . وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لايمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب. وعنه لامحاربة إلا على قدر ثلاثة أميال من العمران. وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لايلحقه الغوث (وعن أبى يوسف) فى رواية أخرى إن قصده

لأبى حنيفة وزفر (فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لأن كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما . وقوله (بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لايوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ، ثم وجود هذا فى القافلة يسقط الحد فينبغى أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا . وتقرير الجواب أن الامتناع فى حق المستأمن لخلل فى العصمة وهو) أى الخلل (يخص المستأمن) فلا يصير شبهة لأن الشبهة فى غير الحرز لاتوثر فى الذى لاشبهة فيه

(قال المصنف : فصارت القافلة كدار واحدة) أقول : الأولى كبيت واحد لأنه قد يكون فى الدار الواحدة مقاصير كما سبق .

وعنه إن قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لأن السلاح لايلبث والغوث يبطئ بالليالى ، ونحن نقول : إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى المصر ويقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث ، إلا أنهم يؤخذون برد المال أيضا لاللحق إلى المستحق ، ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ، ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا (ومن خنق رجلاً حتّى قتله فالدية على عاقلته عند أبى حنيفة) وهى مسئلة القتل بالمثقل ، وسنبين فى باب الديات إن شاء الله تعالى (وإن خنق فى المصر غير مرة قتل به) لأنه صار ساعيا فى الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل ، والله تعالى أعلم .

بالسلاح نهارا فى المصر فهو قاطع ، وإن كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع ، وفى الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر (لأن السلاح لايلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليالى) فيتحقق بلا سلاح . وفى شرح الطحاوى : الفتوى على قول أبى يوسف . قال المصنف(ونحن نقول : إن قطع الطريق بقطع المارة ، ولا يتحقق ذلك فى المصر وما يقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم أن الحد المذكور فى الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق ، وإنما هو اسم بين الناس ، وإنما أنيط بمحاربة عباد الله على ماذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق فى المصر وخارجه ، ثم هذا الدليل المذكور لايفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع . ولا شك فى أن ليس لحوق الغوث فى ذلك المقدار ظاهرا وهو ماعلل به للظاهر ، وإذا قلنا إنهم ليسوا قطاعا فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا ، وإن قتلوا لزم القصاص وأحكامه ، وإن أخذوا مالا ضمنوه إذا أتلفوه ، وعلى تقدير أنهم قطاع إن قتلوا قتلوا حدا فلا يقبل عفو الأولياء فيهم ثم لايضمنون على ماسمعت . وقوله (لما بينا) أى من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلا حتّى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبى حنيفة وهى مسئلة القتل بالمثقل ، وسنبينه إن شاء الله تعالى فى الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل ، وإنما المعنى أنها مثلها فى ثبوت الشبهة عنده فى العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد فى أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة فى إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فإن خنق غير مرة قتل) الآن لأنه ظهر قصده إلى القتل بالتخنيق حيث عرف إفضاؤه إلى القتل ثم صار يعتمده (ولأنه صار ساعيا فى الأرض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شرّه بالقتل) .

[فروع] نص فى الأصل على أن العبد والمرأة فى حكم قطع الطريق كغيرهما ، أما العبد فظاهر ، وأما المرأة فكغيرها فى السرقة الكبرى فى ظاهر الرواية ، وهو اختيار الطحاوى لأن الواجب قطع وقتل وهى كالرجل فى جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها . وذكر الكرخى أن حدّ قطاع الطريق لايجب على النساء ، لأن

كما إذا سرق الخمر وعشرة دراهم ، وأما وجود ذى الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة فى الحرز لأن القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الأجنبى من بيت القريب فإنه لايقطع لشبهة تمكنت فى الحرز . وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر . وقوله (ولا يتحقق ذلك فى المصر وبقرب منه) قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر فى ظاهر الرواية . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لظهور حق العبد . وقوله (ومن خنق رجلا) بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه ، والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون ، كذا عن الفارابى .

السبب هو المحاربة ، والمرأة بأصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ؛ ألا يرى أنها فى استحقاق مايستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لايسوّى بين الرجل والمرأة فكذا فى العقوبة المستحقة بالمحاربة ، ولكن يرد على هذا العبد فإنه لايساوى الحر فى استحقاق الغنيمة ويساويه فى هذا الحد . وفى الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لايوجد فى النساء . وذكر هشام فى نوادره عن أبى يوسف : إذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم لا عليها . وقال محمد : يقام عليها ولا يقام عليهم . وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة : أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبى . والعجب ممن يذكر هذه ، أعنى كون المرأة مع الرجال فى القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل مافى المبسوط من أنها كالرجال منسوبا إلى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخى بالعبد كما ذكرنا . وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف فى التجنيس وغيرهم مع ضعف الأوجه المذكورة فى التفرقة مثل الفرق بضعف البنية فى أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته إطلاق الكتاب فى المحاربين ولا قوة إلا بالله . وما فى النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات . وعلله بأن المرأة إذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وإنما قتلن بقتلهن والضمان لأخذهن المال ، ويثبت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة ، وأبو يوسف شرط مرتين كقوله فى السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما فى السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال إن كان أقرّ به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الإقرار ، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به لايقبل ، ولاتقبل الشهادة بالقطع على أبى الشاهد وإن علا وابنه وإن سفل ، ولوقالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لايقبل لأنهما شهدا لأنفسهما ، ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف أولا يعرف لايقيم الحد عليهم إلا بمحضر من الخصم . ولو قطعوا فى دار الحرب على تجار مستأمنين أو فى دار الإسلام فى موضع غلب عليه أهل البغى ثم أتى بهم إلى الإمام لايمضى عليهم الحد لأنهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده ، وفى موضع لايجرى به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الإقامة عليهم فلا يفعله ، ومثله تقدم فى الزنا فى دار الحرب . ولو رفعوا إلى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض آخر لم يقم عليهم الحد ، إما لتقادم العهد وفيه نظر ، أو لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الأول فيتم بذلك لنفاذه إذ هو فى فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان . وإذا قضى القاضى عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبى فقتلهم لاشىء عليه ، وكذا لو قطع يده لأنه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ، ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لأنه قتل نفسا معصومة ، ثم لايقضى القاضى بحل دمه بهذه البينة بعد ماقتل لفوات المحل ، فوجود هذه البينة كعدمها ، إلا أن يكون القاتل ولى الذى قتله القاطع فى قطع الطريق فلا يلزمه شىء لظهور أنه استوفى حق نفسه . ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستعانوا بقوم وخرجوا فى طلبهم إن كان أرباب المتاع معهم حلّ قتالهم ، وكذا إذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع

(كتاب السير)

السير جمع سيرة ، وهى الطريقة فى الأمور ، وفى الشرع تختص بسير النبىّ عليه الصلاة والسلام فى مغازيه .

عليهم ، وإن كانوا لايعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لايجوز لهم أن يقاتلوهم لأن القتال للاسترداد للرد على أرباب الأموال ولا قدرة على الرد ، ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لاشىء عليهم لأنهم قتلوه لأجل مالهم ، فإن فر منهم إلى موضع أو تركوه لايقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لا لأجل مالهم ، وكذا لو فرّ رجل من القطاع فالحقوه وقد ألقى نفسه فى مكان لايقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لأن قتلهم إياه لا لأجل الخوف على الأموال ، ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » .

(كتاب السير)

أورد الجهاد عقيب الحدود لأنه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب وهو إخلاء العالم من الفساد ، وبكون كل منهما حسن لحسن لغيره ، وذلك الغير وهو إعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأموربه وهو القتال وجب تأخيره عنها لوجهين : كون الفساد المطلوب الإخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه ، والعادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الأدنى إلى ماهو أعلى منه ، وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين ، وتقديم مايتعلق بالمسلمين أولى . ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات ، فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لأنه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة)

(كتاب السير)

قدم الحدود على السير لأن كل واحد منهما حسن لمعنى فى غيره ، وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالبا أو على الخصوص فى حد الشرب . وفى السير المعاملة مع الكفار وتقديم مابالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهى فعلة من السير (وهى الطريقة فى الأمور . وفى الشرع تختص بسير النبى صلى الله عليه وسلم فى مغازيه) قال فى المغرب : أصل السيرة حالة السير ، إلا أنها غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج ، والمغازى جمع المَغْزاة من غزوت العدو قصدته للقتال ، وهى الغزوة والغَزاة والمغزاة .

بفتح الميم

(كتاب السير)

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول : احتراز عن مثل الوضوء ، فإن ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفتقر إلى إتيان به على حدة وهو الصلاة ، وتفصيله فى كتب الأصول فى باب الأمر (قوله إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول : أى بلا إيراد شىء أجنبى بينهما فلا يرد أن يقال يكفى فى بيان وجه التقديم أن يقال لأن الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج إليه .

. . . .

وهى فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لأن فعلة للهيئة كجلسة وخمرة ، وقد استعملت كذلك فى السير المعنوى حيث قالوا فى عمر بن عبد العزيز : سار فينا بسيرة العمرين . لكن غلب فى لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها فى غزو الكفار ، وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة . وقد يقال كتاب الجهاد ، وهو أيضا أعم غلب فى عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم إلى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفى غير كتب الفقه يقال كتاب المغازى ، وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزا دالا على الوحدة ، والقياسى غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص فى عرفهم بقتال الكفار . هذا وفضل الجهاد عظيم ، وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وإدخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الإنسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك إليه سبحانه وتعالى ، وأشق منه قصر النفس على الطاعات فى النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة « رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر » ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره فى الفضيلة عن الصلاة على وقتها فى حديث ابن مسعود « قلت يارسول الله أىّ الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة على ميقاتها ، قلت : ثم أىّ ؟ قال برّ الوالدين ، قلت : ثم أىّ ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله ، ولو استزدته لزادنى » رواه البخارى . وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الإيمان فى حديث أبى هريرة قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أىّ العمل أفضل ؟ قال : إيمان بالله ورسوله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال : حج مبرور » متفق عليه . وهذه وإن كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على مايليق بحال السائل ، فإذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة إليه أفضل ممن ليس مثله فى الجلادة والغناء ، وفيه نظر لأن المذكور فى الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هى الفرائض ، وفى هذا لايتردد فى أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها فى أوقاتها على ماهو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد ، ولأن هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ، ولأن افتراض الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره ، بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهى المقصود منه على ماصرح به عليه الصلاة والسلام فى حديث معاذ ، وفيه طول إلى أن قال « والذى نفس محمد بيده ماشحب وجه ولا اغبرت قدم فى عمل يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد فى سبيل الله » صححه الترمذى ، وإذ لاشك فى هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان فى حديث أبى هريرة ، ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة فقه الراوى وهو ابن مسعود رضى الله عنه وبما عضده من الأحاديث السابقة . والحق أنه ليس فيه معارضة لأنه لم يذكر الصلاة فيه أصلا ، فإنما فيه أنه جعل الجهاد بعد الإيمان وهو يصدق إذا كان بعد الصلاة وهى قبله بعد الإيمان فلا معارضة إلا إذا نظرنا إلى المقصود . ومن الأحاديث فى ذلك ماعن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مقام الرجل فى الصفّ فى سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة » رواه الحاكم وقال : على شرط البخارى . وعن أبى هريرة « قيل يارسول الله مايعدل الجهاد فى سبيل الله ؟ قال : لاتستطيعونه ، فاعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لاتستطيعونه ، ثم قال : مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لايفتر عن صلاته ولاصيامه حتى يرجع المجاهد فى سبيل الله »

. . . .

متفق عليه . وعن أبي هريرة رضى الله عنه ، عنه عليه الصلاة والسلام « من احتبس فرسا فى سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة » رواه البخارى . ومن توابع الجهاد الرباط ، وهو الإقامة فى مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى . والأحاديث فى فضله كثيرة : منها ما فى صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط يوم فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه ، وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان » رواه مسلم . زاد الطبرانى « وبعث يوم القيامة شهيدا » وروى الطبرانى بسند ثقات فى حديث مرفوع « من مات مرابطا أمن من الفزع الأكبر » ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبى هريرة « وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع » وعن أبى أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ، ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه فى غيره » هذا ، واختلف المشايخ فى المحل الذى يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق فى كل مكان ، ففى النوازل أن يكون فى موضع لا يكون وراءه إسلام لأن مادونه لوكان رباطا فكل المسلمين فى بلادهم مرابطون . وقال بعضهم : إذا أغار العدوّ على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا إلى أربعين سنة ، وإذا أغاروا مرتين يكون رباطا إلى مائة وعشرين سنة ، وإذا أغاروا ثلاث مرات يكون رباطا إلى يوم القيامة . قال فى الفتاوى الكبرى : والمختار هو الأول . واعلم أن ماذكر من كون محل الرباط ماوراء المسلمين ذكر فى حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام « من حرس من وراء المسلمين فى سبيل الله تبارك وتعالى متطوّعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا تحلة القسم ، فإن الله يقول ـ وإن منكم إلا واردها ـ » رواه أبو يعلى . وفيه لين محتمل فى المتابعات ، وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان ، فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة فى سبيل الله .

ولنختم هذه المقدمة بحديث البخارى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة » زاد فى رواية « وعبد القطيفة ، إن أعطى رضى وإن لم يعط سخط ، تعس وانتكس ، وإذا شيك فلا انتقش ، طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه فى سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه ، إن كان فى الحراسة كان فى الحراسة ، وإن كان فى الساقة كان فى الساقة ، إن استأذن لم يؤذن له ، وإن شفع لم يشفع » (قوله الجهاد فرض على الكفاية

قال (الجهاد فرض علي الكفاية)

(قال المصنف : الجهاد فرض على الكفاية) أقول أى فرض لأجل كفاية مهم دينى على أن يكون على للتعليل كما فى قوله تعالى ـ ولتكبروا الله على ما هداكم ـ أى لهدايته إياكم ، ويجوز أن يكون للمصاحبة كما فى قوله تعالى ـ وآتى المال على حبه ـ ويجوز أن يكون المضاف مقدرا وعلى للاستعلاء أى على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أى على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية وإلا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار . وفى المحيط البرهانى والذخيرة : قال أبو حنيفة : الجهاد واجب على المسلمين ، إلا أن المسلمين فى سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج إليهم . واختلف عبارة المشايخ فى ذلك ، قال بعضهم : الجهاد واجب على المسلمين ، فإذا جاء النفير فهو فريضة ، وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب ، والفرق بينهما ظاهر نظرا إلى الأحكام ، حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر . وبعضهم قال : الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين ، ومنه سمى الغزاة مطوعة : أى متطوعة ، قال الله تعالى « الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين ـ أراد المتطوعين ، وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين ، وإنما عرفت فرضيته بالكتاب ، قال الله تعالى ـ اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ انتهى . ونحن نقول : هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعى الذى يكفر جاحده . فإن قيل : فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسى فى المحيط : الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها ، وكذا قال صاحب الاختيار : الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها . ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . قلنا : إنما يكفر منكر الفرض لو لم ـ

(١)
إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ

إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ) حيث وجدتموهم ، وقوله تعالى ـ فقاتلوا أئمة الكفر ـ وقوله تعالى ـ وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله ـ وقوله تعالى ـ كتب عليكم القتال وهو كره لكم ـ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ـ وقوله تعالى ـ انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » والتخصيص المعتبر عند أهل الأصول قصر العام على بعض مايتناوله بدليل مستقل لفظى مقارن للمعنى ، وبهذه ينتفى مانقل عن الثورى وغيره أنه ليس بفرض وأن الأمر به للندب ، وكذا ـ كتب عليكم ـ كقوله ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية ـ ونقل عن ابن عمر . ويجب حمله إن صح على أنه ليس بفرض عين . فإن قلت : كيف يثبت الفرض وهى عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظنى الدلالة وبه لايثبت الفرض ؟ والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ماعرف وبالتخصيص به لايصير العام ظنيا ، وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص ، وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من حيث يحارب لقوله تعالى ـ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ـ فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه ، وكذا قوله تعالى ـ وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ـ أى لاتكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل ، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام على ماعرف فى السير ، فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون

قيل : الجهاد هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال . وسببه كون الكفار حربا علينا ، وهو فرض كفاية (إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين. أما الفرضية فلقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ) وهو دليل قطعى فيفيد الفرضية

يكن مؤولا . قال فى معراج الدراية : وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد . وفى الإيضاح : خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والسنة والإجماع يفيد الفرضية ، وها هنا كذلك قوله وهو أى الجهاد فرض على الكفاية ، وبه قال أكثر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال : فرض عين للعمومات فى النصوص . وحكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب . وهكذا روى عن ابن عمر . وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا : ماعلمناه واجبا ، وقالوا قوله تعالى ـ كتب عليكم القتال ـ الندب كما فى قوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية ـ انتهى . فإن قيل : قوله وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب ، وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا : ماعلمناه واجبا . قلنا : قوله حكى يدل على أن لهما قولا آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب ، وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية . نعم لايلائم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى ـ كتب عليكم القتال ـ الندب كما فى قوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية ـ فليتأمل (قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول : القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعى (قوله إلى الدين) أقول : أى إلى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول : الواو هنا بمعنى أو (قال المصنف : أما الفرضية فلقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين) أقول : فإن قيل إنه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لايصلح دليل الفرضية ، وإنما قلنا إنه خص منه البعض فإنه قد خص من قوله تعالى ـ اقتلوا ـ الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والأعمى والمقعد ، وخص من المشركين أيضا المستأمن والذمى . قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الأمر فبالعقل كما صرح به فى كتب الأصول فلا يقدح فى قطعية النص ، وأما تخصيص البواقى فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ . وأيضا لانسلم أنه قد خص المستأمن والذمى ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا فى قوله ـ وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ـ فتأمل . على أنه لايبعد أن يكون المصنف منخرطا فى سلك العلماء القائلين بأن تخصيص العموم لايضر فى كون العام قطعيا فى الباقى ، وما ذكرنا هو المخلص عما أورد على الشارح الأكمل حيث قال : وهو دليل قطعى . . . .

ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » وأراد به فرضا باقيا ، وهو فرض على الكفاية لأنه مافرض لعينه إذ هو إفساد فى نفسه ، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشرّ عن العباد ،

على تفتين المسلم عن دينه ، فكان الأمر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح ، وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة لحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة « ماكانت هذه تقاتل » وأما قوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » فدليل على وجوبه وأنه لاينسخ ، وهذا لأن خبر الواحد لايفيد الافتراض . وقول صاحب الإيضاح إذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ممنوع ، بل المفيد حينئذ الكتاب والإجماع ، وجاء الخبر على وفقهما ، والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضى الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم من حديث « والجهاد ماض منذ بعثنى الله إلى أن يقاتل آخر أمتى الدجال ، لايبطله جور جائر ولا عدل عادل ، والإيمان بالأقدار » فيه يزيد بن أبى شيبة من بنى سليم لم يرو عنه إلا جعفر بن برقان ، وعن هذا والله أعلم قال المنذرى : هو فى معنى المجهول . ولا شك

(ولقوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة ») أى نافذ ، من مضى فى الأرض مضيا إذا نفذ . فإن قيل : كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد . أجيب بأن خبر الواحد إذا تأيد بالحجة القطعية صح إضافة الفرضية إليه ، وهاهنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى ـ فاقتلوا ـ وبالإجماع ، وفيه نظر لأنا لانسلم أنه إذا تأيد بالقطعى أفاد الفرضية ، فإن الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعى لا بخبر الواحد . ويمكن أن يقال : الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة ، فإن الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها مايدل على ذلك ، وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (وأما كونه فرضا على الكفاية فلأنه مافرض لعينه لكونه إفسادا فى نفسه) بتخريب البلاد وإفناء العباد ، لكن (لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

(قوله فإن قيل ، إلى قوله : بخبر الواحد) أقول : تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به فى كتب الأصول ، وأمثلته أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بأن الخ) أقول : المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالإجماع) أقول : فيه بحث ، فإن من أصحابنا من قال إنه مندوب ، ومنهم من قال إنه واجب غير فرض صرح به فى المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول : ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على إرادة الفرضية ، وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لايدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الأخر فإن قيل : النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام . قلنا : ذلك أيضا لايدل على تعين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملا لجواز أن يكون من قبيل الإخبار عن الغيب ، ثم المراد من قول المصنف أما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل ، ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض ، فإنه من مضى الأمر إذا نفذ ، والنافذ من بين الأحكام هو الفرض الذى لامرد له ، والبقاء يستفاد من كلمة إلى فإنها تتعلق بمعنى الامتداد كما ذكرنا (قوله فإن الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول : لانسلم ذلك ، فإن نسبة أمر إلى المشتق تفيد عليه المأخذ كما فى السارق والسارقة الآية ـ والزانية والزانى ـ الآية (قال المصنف : ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » وأراد به فرضا باقيا) أقول : الفرضية مستفادة من قوله ماض : أى نافذ ، والنفاذ إنما هو فى الفرض من بين الأحكام ، فإن فى الندب والإباحة لايجب الامتثال والبقاء من كلمة إلى فإنه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض » من مضى الأمر نفذ فليتأمل . وفى الإيضاح خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ، وههنا كذلك ، كذا فى معراج الدراية . وقال السرخسى أيضا فى محيطه . قال عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض منذ بعثنى الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتى الدجال » وأراد بقوله ماض : أى فرض واجب اه . فإن قيل : لم لايجوز أن يكون المضى بمعنى الذهاب وفى الصحاح مضى الشىء مضيا ذهب : أى ذاهب باق إلى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال ؟ قلنا : الذهاب فى تفسير المضى كما وقع فى الصحاح بمعنى الخلو ـ تلك أمة قد خلت ـ (قال المصنف : لأنه مافرض لعينه الخ) أقول : تقرير الدليل أن الجهاد مفروض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض ، وإنما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالنفير العام فإنه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود إلا بقيام الكل ، يشير إلى ذلك قوله وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فليتأمل .

فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل، ولأن فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (إلا أن يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الأعيان

أن إجماع الأمة أن الجهاد ماض إلى يوم القيامة لم ينسخ ، فلا يتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم ، وأنه لاقائل أن بقتال آخر الأمة الدجال ينتهى وجوب الجهاد . وأما كونه على الكفاية فلأن المقصود منه ليس مجردا ابتلاء المكلفين بل إعزاز الدين ودفع شرّ الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى ـ وقاتلوهم حتّى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله ـ (فإذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ماهو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والإحسان إليه . وذهب ابن المسيب إلى أنه فرض عين تمسكا بعين الأدلة المذكورة إذ بمثلها يثبت فروض الأعيان . قلنا : نعم لولا قوله تعالى ـ لايستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون ـ الآية إلى قوله تعالى ـ وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما ـ ولأنه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على مالايخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والأقوات فيؤدى إيجابه على الكل إلى تركه للعجز (فلزم أن يجب على الكفاية)ولايخفى أن لزوم ماذكر إنما يثبت إذا لزم فى كونه فرض عين أن يخرج الكل من الأمصار دفعة واحدة، وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج فى مرة طائفة وفى مرة طائفة أخرى وهكذا، وهذا لايستلزم تعطيل المعاش، فالمعول عليه فى ذلك نص ـ لايستوى القاعدون ـ ثم هذا (إذا لم يكن النفير عاما ، فإن كان) بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الأعيان) سواء كان المستنفر عدلا أوفاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر ، وكذا من يقرب منهم إن لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب إن لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا ، وهكذا إلى أن يجب على جميع

فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بكراع الخيل .

(قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول : فإنهما فى نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه أنهما بدون الميت والمسلم عبث ، بل حسنهما لمعنى فى غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحى ، كذا ذكره القاضى الإمام أبو زيد (قال المصنف : أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل) أقول: لاينبغى أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتّى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم ، إذ لاينتفع بقيامهم الشرعن الهنود المسلمين ، وأن قوله تعالى ـ قاتلوا الذين يلونكم من الكفار ـ يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار، هذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر . ثم أقول : فى قوله أثم جميع الناس لأن الوجوب على الكل بحث لأن من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثما على تقدير الترك أيضا على ما بين فى الأصول (قال المصنف: لأن فى اشتغال الكل الخ) أقول : إن قيل الأمر لايدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل فى كل وقت حتّى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد، ولم لايجوز أن يجب فى العمر مرة ؟ قلنا : سبب الجهاد كون الكفار حربا علينا وهو متعدد فيتعدد الوجوب. ثم فى هذا المقام قصة عجيبة وهى أن إبراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا فى حضرته فحضر أكثر الموالى، وكان البحث عن أول كتاب الجهاد . واعترض محمد بن بيرى باشا على قوله وهو دليل قطعى الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجىء من الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمى والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياسا . وأجاب عنه الحافظ العجمى المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعيا وبالنسبة إلى المفعول ظنيا لما دخله التخصيص ، فأفحم القائل بذلك الكلام ، لكنه مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا يكفر جاحده وواجبا لا يكفر عالمه، وذا لايقول به إلا المعتوه، بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا أو مفعولا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية (قال المصنف : إلا أن يكون النفير عاما) أقول : أى الخروج إلى الحرب من نفر القوم فى الأمر أو إلى السفر نفرا ونفيرا : أى خرجوا .

لقوله تعالى ـ انفروا خفافا وثقالا ـ الآية . وقال فى الجامع الصغير : الجهاد واجب إلا أن المسلمين فى سعة حتى يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية

أهل الإسلام شرقا وغربا ، كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته ، فإن لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ماذكرنا هكذا ذكروا ، وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر مايصل الأبعدون وبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف بما لايطاق ، بخلاف إنفاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ، ويجب أن لايأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه ، واستدل على ذلك بقوله تعالى . (انفروا خفافا وثقالا) قيل المراد به ركبانا ومشاة ، وقيل شبابا وشيوخا ، وقيل عزّابا ومتزوجين ، وقيل أغنياء وفقراء . وينبغى أن يقال قول آخر وهو كل من هذه : أى انفروا مع كل حال من هذه الأحوال . وحاصلها أنه لم يعذر أحدا فأفاد العينية ، وفيه نظر لأن الجهاد على كل من ذكر فى التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية ، بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لإفادة الوجوب، ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة ، وأما العينية فى النفير العام فبالإجماع لأنه من إغاثة الملهوف والمظلوم ، وهذا من جهة الدراية . ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب إلا أن المسلمين فى سعة من تركه حتى يحتاج إليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعنى قوله واجب وأنهم فى سعة من تركه (إشارة إلى أن الوجوب على الكفاية)

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أى ركبانا ومشاة أوشبانا وشيوخا أومهازيل وسمانا أوصحاحا ومراضا . واعترض بأن قوله تعالى ـ انفروا خفافا وثقالا ـ عام فما وجه تقييده بالنفير العام . وأجيب بأنه رفع الحرج ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة ، فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ، ولأن الله تعالى قال ـ لايستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر ـ إلى قوله تعالى ـ وكلا وعد الله الحسنى ـ وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد . ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدوّ وهو يقدر عليه ، وأما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم إلا إذا احتيج إليهم ، إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو ، وإما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج . وقوله (فأوّل هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية) أراد بالأول قوله رحمه الله : الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين فى سعة ، إذ الاستثناء

(قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة (قوله ولأن النبى عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء الحسنى للذين خرجوا ، فإن أفضل الأعمال أحزها . والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل (قوله ولأن الله تعالى قال ـ لايستوى القاعدون ـ إلى آخر الآية الشريفة) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة النساء، وفيه بحث ، فإن هذا مبنى على أن يكون قوله تعالى ـ لايستوى ـ الآية متأخرا من حيث النزول عن قوله تعالى ـ انفروا ـ الآية ، فإن المتقدم لايخصص المتأخر وهو ممنوع ، كيف وهو مذكور فى سورة النساء المنزلة فى السنة السادسة بالمدينة ، وهذا فى سورة التوبة التى هى آخر ما نزلت . وأيضا لانسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ؛ ألا يرى ماجرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك ، إلى قوله تعالى ـ ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله ـ وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الأعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء فى الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا ، لأنه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع أنه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول : قوله تعالى ـ قاتلوا الذين يلونكم من الكفار ـ والآية تدل أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار

وآخره إلى النفير العام ، وهذا لأن المقصود عند ذلك لايتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل. (وقتال الكفار واجب) وإن لم يبدءوا للعمومات

لايمكن أن يراد ترك الكل وإلا لم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج إليهم (يفيد العينية) إذ صار الحاصل لأنه واجب يسع البعض تركه إلا أن يحتاج فلا يسع ، ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف . وأما الذى يقدرعلى الخروج دون الدفع ينبغى أن يخرج لتكثير السواد فإن فيه إرهابا . ونفر القوم نفرا ونفيرا إذا خرجوا (قوله وقتال الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركى العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وإن لم يبدءونا)لأن الأدلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم ، وهذا معنى قوله (للعمومات)

تكلم بالباقى بعد الثنيا فكان فى مجموع المستثنى والمستثنى منه إشارة إلى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج إليهم إلى النفير العام . قال (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الإسلام وأداء الجزية (واجب وإن لم يبدءوا بالقتال للعمومات) الواردة فى ذلك كقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين ـ وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ـ كتب عليكم القتال ـ وغيرها . فإن قيل العمومات معارضة بقوله تعالى ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ فإنه يدل على أن قتال الكفار إنما يجب إذا بدءوا بالقتال . أجيب بأنه منسوخ ، وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فى الابتداء مأمورا بالصفح والإعراض عن المشركين بقوله ـ فاصفح الصفح الجميل ـ وأعرض عن المشركين ـ ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن بقوله تعالى ـ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة ـ الآية ثم أذن بالقتال إذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى ـ أذن للذين يقاتلون ـ الآية ، وبقوله ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ ثم أمر بالقتال ابتداء فى بعض الأزمان بقوله تعالى ـ فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين ـ الآية ، ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الأزمان كلها وفى الأماكن بأسرها فقال تعالى ـ وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ـ الآية ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ـ الآية .

من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلا كما أشرنا إليه (قال المصنف : فيفترض) أقول : أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال إلى الكمال فى الفرضية وهو مالا يسقط بفعل البعض . (قوله فإن قيل ، إلى قوله : أجيب الخ) أقول : هذه الآية فى سورة البقرة وفيه بحث ، أما فى السؤال فإنه لاعبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات ، وعند القائلين به لاتعارض المنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه ، وأيضا المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام ، فإن نظم الآية الكريمة هكذا ـ ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ، فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ـ ولا شك أنه لايفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم ، وأما فى الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه فى التوضيح ، ويقال شاهدا على ذلك أن النسخ هو أن يرد دليل شرعى متراخيا عن دليل شرعى مقتضيا خلاف حكمه ، والمفهوم ليس بدليل شرعى فليتأمل ، فإنه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى ـ فاصفح الصفح الجميل ـ) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ـ ادع إلى سبيل ربك ـ الآية) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول : مخالف لقوله فيما سبق ، فإن الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها مايدل على ذلك ، ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الأمة ، وليس فيها مايدل على بقائها إلى يوم القيامة ، بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتأمل . والأوجه أن يقال : مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة دواما لايعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها مايدل على ذلك : أى على سد باب النسخ فتأمل (قوله فقال ـ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ـ) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة الأنفال (قوله ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ) أقول : هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة .

(ولا يجب الجهاد على صبى) لأن الصبا مظنة المرحمة (ولا عبد ولا امرأة التقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم ، فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى) لأنه صار فرض عين . وملك اليمين ورق النكاح لايظهر فى حق فروض الأعيان كما فى الصلاة والصوم ، بخلاف ماقبل النفير لأن بغيرهما مقنعا فلا ضرورة إلى

لاعموم المكلفين ، لأنه إنما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد إطلاق العمومات فى بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثورى . والزمان الخاص كالأشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ، ولقد استبعد ما عن الثورى وتمسكه بقوله تعالى ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ فإنه لايخفى عليه نسخه. وصريح قوله فى الصحيحين وغيرهما « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » الحديث يوجب أن نبدأهم بأدنى تأمل ، وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذى الحجة إلى آخر المحرم أو إلى شهر . وقد يستدل على نسخ الحرمة فى الأشهر الحرم بقوله تعالى ـ اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ وهو بناء على التجوز بلفظ حيث فى الزمان ، ولاشك أنه كثر فى الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبىّ الخ) الوجه الظاهر أن يقال لأنه غير مكلف . وفى الصحيحين عن ابن عمر « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى المقاتلة » الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) بإذن الله الذى هو صاحب الحق على حقه . ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين بإذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة ، فلو تعلق بهما الجهاد لزم إطلاق فعله لهما ، وإطلاقه يستلزم إطلاق ترك حق المولى والزوج ، فلو تعلق بهم لزمه إبطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه ، وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب . وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل ، بخلاف ما إذا صار فرض عين لأن حقوقهم لاتظهر فى حق فروض الأعيان. نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ، ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل فى غير النفير العام يأثم لأن طاعتهما المفروضة عليهما فى غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جلّ جلاله بذلك ، والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام ، وعن هذا حرم الخروج إلى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن فى خصوصه أحاديث منها ما فى صحيح البخارى عن عبد الله بن عمرو « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه ، فقال : أحىّ والداك ؟ قال : نعم ، قال : ففيهما فجاهد » وقدمنا من صحيحه آنفا حديث ابن

وقوله (ولا يجب الجهاد على صبىّ) ظاهر .

(قال المصنف : ولا يجب الجهاد على صبى) أقول : قال الإتقانى : أما الصبى فلا يجب عليه الجهاد لأنه مرفوع القلم ، ولأن طاعة أبويه واجبة عليه، فلا تترك بما ليس بواجب انتهى . ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم ، إلا أن يقال : مراده بالصبى مايعم البالغ الذى له أبوان : فالمعنى أنه مرفوع القلم إن كان غير بالغ ، وإن كان بالغا فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتأمل (قال المصنف : ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول : فيه أن الدليل خاص بمن له زوج ، والظاهر أن المدعى عام فليتأمل .

إبطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل مادام للمسلمين فىء) لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين . قال (فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضا) لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ، يؤيده « أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان » وعمر رضى الله عنه كان يغزى الأعزب عن ذى الحليلة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد .

مسعود وقدم فيه برّ الوالدين على الجهاد . وفى سنن أبى داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوىّ يبكيان ، فقال : ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما » وفيه عن الخدرى « أن رجلا هاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن ، فقال : هل لك أحد باليمن ؟ قال : أبواى ، قال : أذنا لك ؟ قال : لا ، قال : فارجع فاستأذنهما ، فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرّهما » وأما الأعمى والأقطع فقال تعالى ـ ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ـ وقال تعالى ـ ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لايجدون ماينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله ـ والمقعد الأعرج ، قاله فى ديوان الأدب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوّى بعضهم بعضا بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (مادام للمسلمين فئ) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية ، وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لأنه لاضرورة إليه ومال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الإمام بخصوصه ، والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الأجرة ، وحقيقة أخذ الأجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازى وعلى الإمام كراهة تسببه فى المكروه ، وحقيقة الجعل مايجعل للإنسان فى مقابلة شىء يفعله . واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب فى مال الغازى لأنه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج ، وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الإمام إنما هو إذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وإن كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام ، وأما إذا لم يكن فى بيت المال فىء لايكره أن يكلف الإمام الناس ذلك على نسبة عدل (لأن به دفع الضرر الأعلى) وهو تعدى شرّ الكفار إلى المسلمين (بإلحاق) الضرر (الأدنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يغزى الأعزب عن ذى الحليلة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلاشك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه إلى حنين . فى سيرة ابن إسحاق أربعمائة درع ، وكان صفوان إذ ذاك

وقوله (ويكره الجعل مادام للمسلمين فىء) أراد بالجعل ما يضربه الإمام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد (لأنه يشبه الأجرة) وحقيقة الأجرة حرام فما يشبه الأجرة يكون مكروها . وقوله (يُغزى الأعزب) يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدوّ . ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له ، وجاء فى الحديث « وهو شاب أعزب » والشخوص الذهاب من بلد إلى بلد ، والله أعلم .

(قال المصنف : ويكره الجعل الخ) أقول : قال الإتقانى : يعنى إذا كان فى بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى . وصوابه من الفىء لأن مال الغنيمة الموجود فى بيت المال يصرف إلى المقاتلة . قال الإمام التمرتاشى : يكره للإمام ضرب الجعل على الناس للغزاة ما دام لهم فىء لأن فيه شبهة الأجر ، وإن لم يكن فلا بأس بذلك « لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان من غير طيبة نفسه » وللإمام ذلك بشرط الضمان ، فإذا زالت الحاجة يرد إن كان قائما ، وإلا فقيمته إلا إذا صار فى بيت المال ، والأولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصالح المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول : أى حاكما بما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى .

(باب كيفية القتال)

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم إلى الإسلام) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبي عليه الصلاة والسلام

على شركه ، فإنه كان طلب من النبيّ صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبيّ صلى الله عليه وسلم : سيرتك أربعة أشهر ، ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك ، فقال : يامحمد أغصبا ؟ قال : لابل عارية مضمونة ، فبعثها ثم استحمله إياها فحملها على مائتى بعير . وفى مسند أحمد قال : فضاع بعضها ، فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها ، فقال : لا أنا اليوم فى الإسلام أرغب . وهذا لايطابق نفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ، ولا يفيد ذلك إلا بالالتزام ، فإن مايفعله الإمام فى المتكلم فيه لايأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال . نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل إلى الجهاد إذا لم يكن بالمسلمين قوّة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم . وأما ماعن عمر فظاهر فيه لأن معنى يغزيه عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال . وأما قوله يعطى الشاخص فرس القاعد فصريح فيه . والحديث رواه ابن سعد فى الطبقات عن محمد بن عمر الواقدى بسنده عن عمر أنه كان يغزى عن ذى الحليلة ، وليس فيه أمر الفرس . وروى ابن أبى شيبة : حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبى مجلز قال : كان عمر يغزى العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر .

(باب كيفية القتال)

لما ذكر أن القتال لازم فلابد أن يفعله ، وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (وإذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهى البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذى لايتوصل إلى مافى جوفه (دعوهم إلى الإسلام) فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب ، لأنه

(باب كيفية القتال)

لما كان الأمر الأول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمى محرز لايتوصل إلى مافى جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم إلى الإسلام) قيل لايخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم ، فإن كان الثانى لايحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى ـ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ـ وإن كان الأول فالأفضل ذلك ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة ، وإذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع فى القتال .

(باب كيفية القتال)

(قال المصنف : دعوهم إلى الإسلام) هذا فى حق من لم تبلغه الرسالة ، وإلا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا فى مبسوط الإمام السرخسى ولا استدراك كا لايخفى على المتأمل فى مساق الكلام ، فإن الغرض ههنا بيان أنهم إذا دخلوا دار الحرب دعوهم إلى الإسلام ، فإن قبلوه كفوا عن قتالهم وإلا دعوهم إلى الجزية ، فإن بذلوها كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ، ولم يعلم منه أن ذلك بطريق الأدب

ماقاتل قوما حتّى دعاهم إلى الإسلام » قال (فإن أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتّى يقولوا لا إله إلا الله » الحديث .

صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد ، فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخارى من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه . وألفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه فى خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيرا ، ثم قال : اغزوا بسم الله فى سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولاتقتلوا وليدا ، وإذا لقيت عدوّك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أوخلال ، فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكفّ عنهم ، ثم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم ، ثم ادعهم إلى التحوّل من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم إن فعلوا ذلك أن لهم ماللمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين ، فإن أبوا أن يتحوّلوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الفئ والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين ، فإن هم أبوا فاسألهم الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم ، وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله و ذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ؛ ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه ، وإذا أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدرى أصبت حكم الله فيهم أم لا ، ثم اقضوا فيهم بعد ماشئتم » وفى الأحاديث فى ذلك كثرة ، وفى نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ، ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلابد من الاستعلام . وأما حديث ابن عباس المذكور فى الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن ابن أبى نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ماقاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتّى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ، ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ، ولكن لاغرامة بما أتلفوا من نفس ولامال من دية ولاضمان لأن مجرد حرمة القتل لاتوجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان . وذلك لانتفاء العاصم وهو الإسلام والإحراز بدار الإسلام . وفى المحيط : بلوغ الدعوة حقيقة أوحكما بأن استفاض شرقا وغربا أنهم إلى ما ذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها انتهى . ولا شك أن فى بلاد الله تعالى من لاشعور له بهذا الأمر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فإذا كانت بلغتهم لاتجب ولكن يستحب . أما عدم الوجوب فلما فى الصحيحين عن ابن عوف : كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إلىّ : إنما كان ذلك أوّل الإسلام « قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء ، فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث » حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش . وروى أبوداود وغيره عن أسامة بن زيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد إليه فقال : أغر على أبنى صباحا وحرق » والغارة لاتكون مع دعوة ، وأبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ، ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف ، وقيل اسم قبيلة وأما

وقوله (كفوا عن قتالهم) أى امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد .

أو الندب أو الوجوب فبينه أنه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل (قال المصنف : حتّى يقولوا لاإله إلا الله) أقول : فإن قيل لايكفى قولهم لاإله إلا الله ، بل لابد من ذكر محمد رسول الله . قلنا : الجزء الأول صار علما للمجموع ، كما يقال قرأت ـ قل هو الله أحد ـ صرح به الكرمانى فى شرح البخارى .

(وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ، ولأنه أحد ماينتهى به القتال على مانطق به النص ، وهذا فى حق من تقبل منه الجزية ، ومن لاتقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لافائدة فى دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لايقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى ـ تقاتلونهم أو يسلمون ـ (فإن بذلوها فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين) لقول على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه فى القرآن ، والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصية أمراء الأجناد « فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله » ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ، ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ، ولاغرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة)مبالغة فى الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صح « أن النبى عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غارون . وعهد إلى أسامة رضى الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق » والغارة لاتكون بدعوة .

الاستحباب فلأن التكرار قد يجدى المقصود فينعدم الضرر الأعلى ، وقيد هذا الاستحباب بأن لايتضمن ضررا بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون ، وغلبة الظن فى ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد ، وإذا فحقيقته يتعذر الوقوف عليها ، فإن أجاب المدعو أو غيره إلى الإسلام فلا إشكال ، والحديث المشهور جعله غاية الأمر بالقتال حيث قال « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الأجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولأنه أحد ماينتهى به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ إلى قوله سبحانه ـ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ـ وهذا إن لم يكونوا مرتدين ولا مشركى العرب ، فإن هؤلاء لايقبل منهم إلا الإسلام أو السيف على ماسيتضح (فإن بذلوها) أى قبلوها (وكذا هو المراد بالإعطاء المذكور فى القرآن) بالإجماع ، وقد قال على : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا . والأحاديث فى هذا كثيرة ، بل هو من الضروريات ،

وقوله (على مانطق به النص) يريد قوله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ إلى قوله ـ حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا فى حق من تقبل منه الجزية)ظاهر. (قوله فنكفى) بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثانى (قوله للنهى) إشارة إلى ماروى « أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا فى سرية ، وقال : لاتقاتلوهم حتى تدعوهم إلى الإسلام » . وقوله (لعدم العاصم) أى الموجب للغرامة (وهو الدين) على مذهب الشافعى (أو الإحراز بالدار) على مذهبنا . وقوله (مبالغة فى الإنذار) لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا قاتل قوما من المشركين دعا ثم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه . وقوله (أغار على بنى المصطلق) أى أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أى غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام ، وقيل اسم قبيلة (والغارة لاتكون بدعوة) لأن فيها ستر الأمر والإسراع ، لأنها اسم مصدر للإغارة التى هى مصدر أغار الثعلب أو الفرس إغارة وغارة : إذا أسرع فى العدو .

(قال المصنف : والمراد بالبذل القبول) أقول : بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب (قال المصنف : أثم للنهى) أقول : يحتمل أن يكون بناء على أن الأمر بالشىء نهى عن ضده فتأمل(قال المصنف: وعهد إلى أسامة أن يغير على أبنى صباحا) أقول :أبنى بالضم و القصر: اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ، وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب ، إذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام إلى بلاد الشام فى حياته

قال (فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سليمان بن بريدة « فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية ، إلى أن قال : فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم » ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به فى كل الأمور . قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة . قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لأن فى جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسرة شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ، (ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لأن فى الرمى دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ،

ومعنى حديث على رواه الشافعى فى مسنده . أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى ، أنبأنا قيس بن الربيع الأسدى عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبى الجنوب قال : قال على : من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطنى أبا الجنوب (قوله فإن أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سليمان بن بريدة « فإن أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ») وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه . والمدمر المهلك (فيستعان بالله فى كل الأمور ، ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما فى الترمذى مفصلا فإنه قال : قال قتيبة : حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف ، قلت : لوكيع : من هذا الرجل ؟ فقال : صاحبكم عمر ابن هارون . ورواه أبو داود فى المراسيل عن مكحول مرسلا ، وكذا رواه ابن سعد فى الطبقات ، وزاد أربعين يوما . وذكره الواقدى فى المغازى ، وذكر أن الذى أشار به سلمان الفارسى (وحرقهم لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى الستة فى كتبهم عن ابن عمر قال : «حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وقطعه وهى البويرة » : يعنى أن البويرة اسم لنخل بنى النضير ، ولها يقول حسان بن ثابت :

وهان على سراة بنى لؤى ... حـــريق بالبويرة مستطير

ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون مايمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع ، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك ، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لأنه إفساد فى غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها (قوله ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك إلا أنه لايقصد برميهم إلا الكفار ، فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة ، وعند الأئمة الثلاثة لايجوز

وقوله (البويرة) على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان . وقوله (وإن كان فيهم أسير مسلم أوتاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد أنه إذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ؛ ألا يرى أن للإمام أن لايقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا فى رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام) أى مجتمعة للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها ، لأن البيضة مجتمع الولد (وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص) وإذا

(قال المصنف : لأن فى الرمى الخ) أقول : هذا تعليل فى مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح . فإن قيل : تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغى . قلنا : ممنوع بل ملسوخة فى حقهما ، وأيضا هذا إنما يصح إذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين ، والمدعى عام ليس له خصوص ، واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمى .

ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرمى الكفار) لأنه إن تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لاتقرن بالفروض .

رميهم فى صورة التترس إلا إذا كان فى الكف عن رميهم فى هذه الحالة انهزام المسلمين ، وهو قول الحسن بن زياذ ، فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة ، وعند الشافعى فيه الكفارة قولا واحدا ، وفى الدية قولان . وقال أبو إسحاق : إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس فى الإسلام دم مفرج » وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه . وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ؛ ألا ترى أن للإمام أن لايقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ، ولأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر. وجه الإطلاق أمران

اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولأنه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم) أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمى (باعتباره لانسد بابه) أى باب الجهاد . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن فى الرمى دفع الضرر العام الخ . وقوله (وما أصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة) يعنى عندنا . وقال الحسن بن زياد ؛ وهو قول الشافعى فيه الدية والكفارة لأن هذا هو عين صورة قتل الخطإ لأنه يقصد بالرمى الكافر فيصيب المسلم . والجواب أنه إذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ، ولا دية ولا كفارة فيه . ولنا أن الجهاد فرض وكل ماهو فرض (فالغرامات لاتقرن به) لأن الفرض مأمور به لامحالة ، وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة . فإن قيل : هذا تعليل فى معارضة قوله صلى الله عليه وسلم « ليس فى الإسلام دم مفرج » أى مهدر ، والتعليل فى مقابلة النص باطل . أجيب بأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه ، وفيه نظر لأن القران شرط وهو ممنوع . وأقول : قوله عليه الصلاة والسلام « ليس فى الإسلام » معناه فى دار الإسلام ، وما نحن فيه ليس بدار الإسلام

(قال المصنف : ولأنه قلما يخلو، إلى قوله : لانسد بابه) أقول : وفيه نظر ، فإن ابن زياد إنما لم يجوز الرمى إذا علم أن فيهم مسلما وعلم أنه يتلف بهذا الصنع ، ولا شك فى أن العلم بهما لوكان لكان فى غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد (قال المصنف : وما أصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة) أقول : قوله تعالى - كتب عليكم القصاص فى القتلى - الآية يوجب القود إذا أصابوا منهم عمدا ، وقوله تعالى - من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - الآية يوجب الكفارة ، والدية إذا كانت الإصابة خطأ والتعليل فى مقابلتهما ينبغى أن لايقبل فما الوجه (قوله والجواب أنه إذا كان الخ) أقول : فيه نظر لأنه لايجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله فى المتن ويقصدون بالرمى الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته ، ولم يقل أحد بأن عدم العلم بالمصاب شرط فى تحقق الخطأ ، فإنهم قالوا الخطأ على نوعين : خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم ، وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ، ولا شك أن مانحن فيه هذا القبيل ، ولو كان كما قال لزم أن من رأى إنسانا وعلمه ثم رمى غرضا غير قاصد ذلك الإنسان فأصابه أن لايكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا أن الجهاد فرض ، إلى قوله : منهى عنه) أقول : منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة ، فإنه ليس عدوانا منهيا عنه مع أنه سبب للغرامات . والجواب بأنه مرخص وهو منهى عنه فى الأصل لايفيد لأن قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الإسلام) أقول : يرد عليه مالو كانوا بدار الإسلام وتترسوا فإنه لايخلو إما أن يكون الحكم واحدا أو لا ، فإن كان الأول فظاهر ، وإن كان الثانى فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن فى الرمى دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل . ويمكن أن يجاب عنه بأنهم إنما يمكنهم التترس إذا كانوا فى المدينة ونحوها ، أما إذا كانوا فى الصحراء فلا لإمكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك ، لكن لايتأتى هذا فيما إذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الإسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبى حنيفة ، ثم يقال الحلف خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه .

بخلاف حالة المخمصة لأنه لايمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه . أما الجهاد فمبنى على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان .

الأول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ، ولو اعتبر هذا المعنى انسدّ بابه ، لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلوّ مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه ، وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعا مع العلم بوجود من لايحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع ، غير أن الواجب أن لايقصد بالرمى إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام ، بخلاف ما إذا لم يفترض وهو ما إذا فتحت البلدة . قال محمد : إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيهامسلما أو ذميا لايحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمى ، إلا أنه قال : ولو أخرج واحدا من عرض الناس حلّ إذن قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذاك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك ، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثانى أن فيه دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب ، ثم إن المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهى مسئلة ما إذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر . وقد يقال إن سلم أنه لايخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير ، فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم أنه لايخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهدارا لحرمة الرمى ، فإن المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقا إلى قتل المسلم غالبا . وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لولم يرم وحل الرمى عندذلك لم يتقيد به . واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام : أى مجتمعهم ، وإن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل ، وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم فى غالب الظن ، وإنما يكون الضرر العام مقدما على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها . فإن قيل : فلم لم يغرم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام « ليس فى الإسلام دم مفرج » أى مهدر . أجيب بأنه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى ، وهو ماذكر من قوله لأن الفروض لاتقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزرّه القاضى أو حدّه أنه لادية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع عن الإقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لأنه لايمتنع) عن الأكل (مخافة الضمان لأن فى الامتناع هلاك نفسه والضمان أخفّ عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فمبنى على إتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا فى المضطر أنه لايجب عليه أكل مال الغير مع الضمان

وقوله (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال : إطلاق الرمى لضرورة إقامة الجهاد لاينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان . وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وإن كان فيه ضمان (لما فيه من إحياء نفسه) .وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فمبنى على إتلاف النفس) أى نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم ، فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذى هو فرض وذلك لايجوز ، كما لايجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزانى البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضى عن تقلد القضاء ، ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبنى على إتلاف النفس مطلقا لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل ، فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا فى كلتا الحالتين ، بخلاف ما إذا لم يضمن . وقوله (حذار الضمان) منصوب على المفعول له .

(قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرمى لضرورة الخ) أقول : الظاهر أن هذا الكلام إلزامى ، وإلا فالحسن لايجوز الرمى فتأمل .

قال (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه) لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره إخراج ذلك فى سرية لايؤمن عليها) لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين ، وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدو » . ولو دخل مسلم إليهم بأمان لابأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض ، والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة ، فأما الشوابّ فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة ،

فلم يكن فرضا ، فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد فى نفى الضمان (قوله ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ، ويكره إخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف)منهم لها . قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ») وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذى ، من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر . وقوله وهو التأويل الصحيح احترّاز عما ذكر فخر الإسلام عن أبى الحسن القمى والصدر الشهيد عن الطحاوى أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كى لاينقطع عن أيدى الناس ، وأما اليوم فلا يكره .أما التأويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوى الحديث ، فإن أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله إلى أرض العدو ، قال مالك : أرى ذلك مخافة أن يناله العدو . والحق أنها من قول النبى صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدوّ ويخاف أن يناله العدوّ » . وأخرجه مسلم عن أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتسافروا بالقرآن فإنى لا آمن أن يناله العدو » وفى رواية لمسلم « فإنى أخاف » فلذا حكم القرطبى والنووى بأنها من قول النبى صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم أنها من قول مالك ، وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك فى سماعه إياها . وفى فتاوى قاضيخان : قال أبو حنيفة : أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف . وفى المبسوط : السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى . وكأن المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لايكمنون . وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلا فكان الأولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ، ويكره إخراجه فيما ليس كذلك ، فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة ، والذى يؤمن عليه فى توغله فى دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم ، وينبغى كونه اثنى عشر ألفا لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة » وهو أكثر ماروى فيه هذا باعتباره أحوط ، وهذا ظاهر مذهبنا ، ومذهب الشافعى ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث . قال القرطبى : لافرق بين

وقوله (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ماننبه عليه. السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار . وعن أبى حنيفة رضى الله عنه : أقل السرية مائة . وقال محمد فى السير الكبير : أفضل مايبعث فى السرية أدناه ثلاثة ، ولو بعث بما دونه جاز . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه : أقل السرية أربعمائة ، وأقل الجيش أربعة آلاف . وقوله (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدو ») رواه ابن عمر ، وأما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال أبو الحسن القمى : النهى كان فى ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف ، وكذا روى عن الطحاوى .

ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند ضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة ، فإن كانوا لابد مخرجين فبالإماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده) لما بينا (إلا أن يهجم العدوّ على بلد للضرورة) وينبغي للمسلمين أن لايغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتغلو ولا تغدروا ولا تمثلوا » والغلول : السرقة من المغنم ، والغدر : الخيانة ونقض العهد ،

الجيش والسرايا عملا بإطلاق النص ، وهو وإن كان نيل العدوّ له فى الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر ، وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم ، والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه ، وذلك أن حمله لايكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ، ذكره فى المحيط معزوّا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى ، ثم الأولى فى إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقى دون الشوابّ ، ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر (ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال « لمقامها خير من مقام فلان وفلان » يعنى بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى (إلا أن يهجم العدو) على ماتقدم (قوله وينبغي للمسلمين) أى يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا ، والغلول السرقة من الغنيمة . والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتغلو الخ ») تقدم فى حديث بريدة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تمثلوا » أى المثلة ، يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن أنصر مثلا ومثلة إذا سوّدت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ، ذكره فى الفائق . وقول المصنف (والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء فى ذلك ؛ فعندنا والشافعى منسوخة كما ذكر قتادة فى لفظ فى الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال : فحدثنى ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود . وفى لفظ للبيهقى قال أنس : «ماخطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة» . وقال أبوالفتح اليعمرى فى سيرته : من الناس من أبى ذلك ، إلى أن قال : وليس فيها يعنى آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة إنما من الاقتصار فى حد الحرابة على مافى الآية . وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد فى خبرهم « أنهم قطعوا يد الراعى ورجله وغرزوا الشوك فى لسانه وعينيه حتى مات » فليس فى الآية مايمنع من التغليظ عليهم والزيادة فى عقوبتهم فهذا ليس بمثلة ، والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء ، وقد جاء فى صحيح مسلم « إنما سمل النبىّ صلى الله عليه وسلم أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاء » ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات فى أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذى حصل له من المثلة . وقال : ذكر البغوى فى سبب نزولها : يعنى آية الجزاء سببا آخر ، وإذا اختلفت فى سبب نزول الآية الأقوال وتطرق إليها الاحتمال فلا نسخ . وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ ، والمثلة بمن استحق القتل لاعن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لأنها لم

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله فى الباب السابق لتقادم حق المولىّ والزوج . وقوله (إلا أن يهجم) استثناء من قوله لاتقاتل : يعنى عند الضرورة يقاتلون لأن الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده .

(قال المصنف : ولا تقاتل المرأة الخ) أقول : الظاهر أن هذا مستدرك ، إذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة بإذن زوجها أو لا . والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه ، وهذا من كلام المصنف .

والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ، ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف . والشافعى رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى الشيخ الفانى والمقعد والأعمى

تشرع أولا لأن ماوقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعى . ولا شك أن قوله « لاتمثلوا » على ماتقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لايدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم ، وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ، ورواية أنس صريح فيه . وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذنى رجل وفقأ عين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك فى أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه ، لكنه يجب أن يستأنى بكل قصاص بعد الذى قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به : أى مثلة ضمنا لا قصدا ، وإنما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله ، فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ، ثم لايخفى أن هذا بعد الظفر والنصر ، أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة إلا النسائى عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن امرأة وجدت فى بعض مغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان » . وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله ، لاتقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ، ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحبّ المحسنين » وفيه خالد بن الفزر ، قال ابن معين : ليس بذاك ، وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الشيوخ المشركين واستبقوا شرخهم » ، فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفانى ، فإن المذكور فى ذلك الحديث الشيخ الفانى ليخص العام مطلقا بالخاص . نعم يعارض ظاهرا بما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة « أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : هم منهم » وفى لفظ « هم من آبائهم » فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون ، وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم ، لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة ، وما الظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيان إجماع . وأما الحديث الذى ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائى عن أبى الوليد الطيالسى عن عمر بن المرقع بن صيفى : حدثنى أبى عن جده رباح بن الربيع بن صيفى قال « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة ، فرأى الناس مجتمعين على شىء فبعث رجلا

وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك ، وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهى المتأخر . روى عمران بن الحصين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقام فينا خطيبا بعد مامثل بالعرنيين إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة » فتخصيصه بالذكر فى كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة . وقوله (ولا شيخا فانيا) قال فى الذخيرة : هذا الجواب فى الشيخ الكبير الفانى الذى لايقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحبال ولا يكون من أهل الرأى والتدبير ، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه بقتاله محارب وبصياحه محرّض على القتال و بالإحبال يكثّر المحارب ،

لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه مابينا ، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى » « وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال : هاه . ماكانت هذه تقاتل فلم قتلت ؟ » قال (إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها إلى العباد ، وكذا يقتل من

فقال : انظر علام اجتمع هؤلاء ؟ فجاء رجل فقال : امرأة قتيل . فقال : ماكانت هذه تقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد ، فبعث رجلا فقال : قل لخالد لاتقتلن امرأة ولا عسيفا » وأخرجه النسائى أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبى الزناد عن المرقع ، وكذا أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك ، وفى لفظه فقال « هاه ماكانت هذه تقاتل » ثم قال : وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبى الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين . وهاه كلمة زجر ، والهاء الثانية للسكت . وإذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة فى قوله « ماكانت هذه تقاتل » فثبت ماقلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ماكان مظنة له ، بخلاف ماليس إياه ، ويمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى ، وإلا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أى على الشافعى (مابيناه) يعنى من عدم قتل يابس الشق ، لكن هذا الإلزام على أحد القولين له ، فإنه ذكر فى شرح الوجيز وفى الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الأيدى والأرجل قولان : فى قول يجوز قتلهم ، وبه قال أحمد فى رواية لعموم ـ اقتلوا المشركين ـ وروى عنه عليه الصلاة والسلام « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » ولأنهم كفار والكفر مبيح للقتل . وفى قول لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ماذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفانى . قال : والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين فى معناه . وعن أبى بكر أنه أوصى يزيد بن أبى سفيان حين بعثه إلى الشام فقال : « لاتقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ » الخبر انتهى . وأنت تعلم أن قوله تعالى ـ اقتلوا المشركين ـ عام مخصوص بالذمىّ والنساء والصبيان ، فجاز تخصيص الشيخ الفانى ، ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ماسمعت ، بل ماقدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ماترجع إليه . وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ، ولو سلم فيجب تخصيصه على ماذكرنا على أصولهم . وأما قول المصنف (صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى) فالمراد بالذرارى النساء من اسم السبب فى المسبب . قال فى العزيين : وفى الحديث « لاتقتلوا ذرية ولا عسيفا » أى امرأة ولا أجيرا ، ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لايقتل هو من لايقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال لأنه يجىء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ، ذكره فى الذخيرة . وذكر الشيخ أبو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله إذا ارتد ، والذى لانقتله الشيخ الفانى الذى خرّف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا إذا ارتد . قال : وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا إذا ارتدوا اهـ . ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ، ونقتل أقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين وإن لم يقاتل (قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ، ولا خلاف فى هذا لأحد ،

وقوله (لأن المبيح عنده) أى للقتال هو (الكفر) وعندنا هو الحراب . وقوله (مابينا) إشارة إلى قوله ولهذا لايقتل يابس الشق وهو المفلوج . قيل والمراد بالذرارى هنا النساء . وقوله (هاه) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت (قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب) لما صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قاتل من هؤلاء دفعا لشرّه ، ولأن القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنونا) لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشرّه ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ماداما يقاتلان ، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجنّ ويفيق فهو فى حال إفاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق فيناقضه الإطلاق فى إفنائه (فإن أدركه امتنع عليه حتّى يقتله غيره) لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع ؛ ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد عمى لما جيء به فى جيش هوازن للرأى ، وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (إلا أن الصبي والمجنون يقتلان فى حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فإنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر ، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل ، وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك ، لأن فى قتل الملك كسر شوكتهم . وفى السير الكبير : لا يقتل الراهب فى صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس ، فإن خالطوا قتلوا كالقسيسين ، والذى يجنّ ويفيق يقتل فى حال إفاقته وإن لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أو جدّه أو أمه إذا قاتلت أو جدّته (بالقتل لقوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ) نزلت فى الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى ـ وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم ـ الآية (ولأنه يجب عليه الإنفاق لإحيائه فيناقضه الإطلاق فى إفنائه ، فإن أدركه) أى أدرك الأب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الأب) بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه إلى مكان ، ولا ينبغى أن ينصرف عنه ويتركه لأنه يصير حربا علينا بل يلجئه إلى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب إلى أن يجيء من يقتله ، فأما إن لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه إلا بالقتل فليقتله ، لأنه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شرّه فهنا أولى ، ولو كان فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت ، وينبغى أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسبّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، فلم ينكر النبيّ صلى الله عليه وسلم ذلك . ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك ، وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم ، ولا مناقضة

قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة » وفى رواية «ابن مائة وستين سنة» لأنه كان صاحب رأى (قوله فهو فى حال إفاقته كالصحيح) يعنى يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل ، لكنه إنما يقتل فى حال إفاقته لأنه ممن يقاتل ويخاطب (قوله امتنع عليه) أى يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن مقصوده الدفع ، والله أعلم .

(قال المصنف : لقوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ) أقول : قد سبق فى كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الإنفاق على الأبوين الحربيين وإن كانا مستأمنين ، وصرح الشراح أن قوله تعالى ـ وصاحبهما ـ الآية مخصوص بأهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل فى جوابه (قال المصنف : ولأنه يجب عليه إحياؤه) أقول : ولا يرد النقض بالابن فإنه ليس كالأب ، وإن شئت مزيد التفصيل فارجع إلى غاية البيان فى كتاب المفقود ومر فى النفقة أيضا .

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى ـ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ـ ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ، ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيرا للمسلمين لأن المقصود وهو

لأن نفقة ذوى الأرحام عندنا لاتجب إلا للمسلمين منهم ، بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالأب ، وأما فى الرجم إذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بأن يرميه مثلا بحصاة ، والله الموفق .

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

الموادعة المسالمة ، وهو جهاد معنى لاصورة ، فأخره عن الجهاد صورة ومعنى ، وما قيل لأنه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصى ممن لم توجد منه أصلا ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها فى جميع عمره وإلا كان تكليفا بالمحال (قوله وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أوفريقا منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى ـ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ـ) والآية وإن كانت مطلقة لكن إجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين فى ذلك بآية أخرى هى قوله تعالى ـ ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ـ فأما إذا لم يكن فى الموادعة مصلحة فلا يجوز بالإجماع . وفى السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ، ومنه قوله تعالى ـ وألقوا إليكم السلم ـ ومقتضى الأصول أنها إما منسوخة إن كانت الثانية بعدها : أى نسخ الإطلاق وتقييده بحالة المصلحة ، أو المعارضة فى حالة عدم وجود المصلحة إن لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع . أعنى آية — ولا تهنوا — كما هو القاعدة فى تقديم المحرّم .

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

والموادعة المصالحة ، وسميت بها لأنها متاركة وهى من الودع وهو الترك ، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة (قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بأن قوله تعالى ـ وإن جنحوا للسلم ـ ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى . وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى ـ ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ـ وبدليل الآيات الموجبة للقتال والالازم التناقض لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(قوله وأجيب بأن هذه الآية الشريفة إلى قوله ـ وأنتم الأعلون ـ) أقول : فيه بحث لأن المنهى عنه فى هذه الآية هو البداية بالدعوة إلى السلم من جانب المسلمين ، والمأمور به فى الآية السابقة هو الميل إليها إذا مالوا لها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة ، ولعل النهى عنه إنما هو لأن فيه إلحاقا المذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ـ ولا تهنوا ـ نعم يمكن أن يقال إن فى هذه الآية دلالة على أنه لاتجوز الدعوة إلى السلم إذا كان بهم ضعف ، فإن النهى يقتضى المشروعية كما بين فى علم الأصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة القتال) أقول : الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به فى النهاية ، وأيضا آية السلم نزلت مع الايات المنزلة فى شأن بنى قريظة وهذه نزلت فى سورة التوبة ، منها قوله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية — الآية ، فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها ؟ .

دفع الشرحاصل به ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى إلى مازاد عليها ، بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى

وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازى أنها سنتان ، كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه ، وليس بلازم لأن الحاصل أن أهل النقل مختلفون فى ذلك ، فوقع فى سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقى عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ، ثم قال البيهقى : وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين إلى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبى صلى الله عليه وسلم إليهم لفتح مكة ، وأما المدة التى وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد ابن إسحاق وهى عشر سنين اهـ . وماذكره عن ابن إسحاق هو المذكور فى سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه . ورواه أبو داود من حديث محمد بن إسحاق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ، وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال . ورواه أحمد رحمه الله فى مسنده مطولا بقصة الفتح : حدثنا يزيد بن هارون ، أنبأنا ابن إسحاق فساقه إلى أن قال : على وضع الحرب عشر سنين ، يأمن فيها الناس ويكفّ بعضهم عن بعض . وكذا رواه الواقدى فى المغازى : حدثنى ابن أبى سبرة عن إسحاق بن عبد الله بن أبى بردة عن واقد بن عمرو ، فذكر قصة الحديبية إلى أن قال : على وضع الحرب عشر سنين الخ . والوجه الذى ذكره البيهقى وجه حسن به تنتفى المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا فى حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا فى مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين أن بقاءه سنتان ، ومن قال عشرا قال إنه عقده عشرا كما رواه كذلك فإنه لاتنافى بينهما حينئذ ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادعة (على المدة المذكورة) وهى عشر سنين (لتعدى المعنى) الذى به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر (بخلاف ما إذا لم تكن) الموادعة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فإنه لايجوز (لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى) وما أبيح إلا باعتبار أنه جهاد ، وذلك إنما يتحقق إذا كان خيرا للمسلمين وإلا فهو ترك للمأمور به ، وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين ، وإن كان الإمام غير مستظهر وهو قول الشافعى ، ولقد كان صلح الحديبية مصالح عظيمة ، فإن الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الإسلام للذين كانوا متباعدين لايعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم

ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ماذكر فى الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التى لاتمنع الزيادة والنقصان لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص . وقوله (لتعدى المعنى) وهودفع الشر . وقوله (بخلاف ما إذا لم يكن خيرا) حيث لايجوز للإمام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى ـ ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم ـ ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى ، أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال ، وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا . وقوله نبذ إليهم . نبذ الشىء من يده : طرحه ورمى به نبذا

(قوله وقوله بخلاف ما إذا لم يكن خيرا ، إلى قوله ـ ولا تهنوا ـ الآية) أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يقال إن هذه الآية الكريمة لاتدل على عدم جواز المسالمة إذا طلبوها منا فكيف يستدل بها (قوله ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول : فيه بحث .

(وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة . ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام « في العهود وفاء لاغدر » ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ، ويكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفى الغدر . قال (وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم) لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لايكون هذا نقضا للعهد ، ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لايلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى.

(قوله وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم) أى ألقى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع ، قال تعالى - وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء - أى على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك ، لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة ، وهو مثل - إن علمتم فيهم خيرا - في الكتابة ، ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا . والإجماع على أنه لايتقيد بخطور الخوف لأن المهادنة في الأول ماصحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع (ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ماصح في البخارى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا : من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وروى أبو داود والترمذى وصححه : كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لاغدر ، فنظروا فإذا هو عمرو بن عبسة ، فأرسل إليه معاوية فسأله فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضى أمدها أو ينبذ إليهم على سواء » فرجع معاوية بالناس ، ورواه أحمد وابن حبان وابن أبى شيبة وغيرهم . وأما ماذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « وفاء لاغدر » فلم يعرف في كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا . وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق أن يجعل دليلا فيما يأتى من قوله (وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلاحاجة إلى نقضه) وكذا إذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقونهم ومن معهم من الذرارى ، إلا أن يكون بإذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ، ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم . وإنما قلنا هذا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى

ونبذ العهد نقضه ، وهو من ذلك لأنه طرح له . وقوله (نبذ إليهم) أى بعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد . وقوله صلى الله عليه وسلم (في العهود وفاء لاغدر) أى هى وفاء . (قوله ولابد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى - وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء - أى على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك ، فعرفنا أنه لايحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ماكانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر .

(قوله وهو من ذلك الخ) أقول : أى النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح .

(وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لأنه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال ، لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم تكن لايجوز لما بينا من قبل ، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية . هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه فى معنى الجزية . أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر فى أمرهم) لأن الإسلام مرجوّ منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى إسلامهم

يبغتهم ، هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازى ، ومن تلقى القصة ورواها كما فى حديث ابن إسحاق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا : «كان فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل ، فدخلت خزاعة فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودخلت بنو بكر فى عقد قريش ، فمكثوا فى الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ، ثم إن بنى بكر الذين دخلوا فى عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة ، وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد ، فأعانوا بنى بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم ، وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر ، فلما قدم عليه أنشده :

لاهمّ إنى ناشد محمدا حلف أبينا وأبيه الأتلدا
إن قريشا أخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا
هم بيتونا بالوتير هجدا فقتلونا ركعا وسجدا
فانصر رسول الله نصرا عتدا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نصرت ياعمرو بن سالم ، ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى يبغتهم فى بلادهم» . وذكر موسى بن عقبة نحو هذا «وأن أبا بكر قال له : يارسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة ، قال : ألم يبلغك ماصنعوا ببنى كعب ؟ » ورواه الطبرانى من حديث ميمونة ، ورواه ابن أبى شيبة مرسلا عن عروة ، ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين فى كتاب المغازى ، وفيه « فقال أبو بكر : يارسول الله أو لم يكن بيننا وبينهم مدة ؟ فقال : إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غازيهم » ثم فى النبذ لايكفى مجرد إعلامهم ، بل لابد من مضىّ مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، ولا يجوز أن يغير على شىء من بلادهم قبل مضىّ تلك المدة (قوله وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ) المسلمون (على ذلك مالا جاز لأنه لما جاز بلامال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى ، إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم تكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل) يعنى قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى . قال شارح : ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر : يعنى فى مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال ، وهذا يقتضى أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لايجوز إذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة فى البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد ، وفى أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد

وقوله (لما بينا من قبل) يعنى قوله إنه ترك الجهاد صورة ومعنى . وقوله (إذا لم ينزلوا بساحتهم) أى إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب . وقوله (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) يعنى فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى ،

(ولا يأخذ عليه مالا) لأنه لايجوز أخذ الجزية منهم لما نبين (ولو أخذه لم يرده) لأنه مال غير معصوم ، ولو حاصر العدوّ المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لايفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك ،

لا الأجرة على الترك وباعتباره ، ثم مايؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول ، أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى لأنه مأخوذ منهم قهرا معنى . وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ، ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب وإلا فلا ، لأن فيه تقرير المرتد على الردّة وذلك لايجوز ، ولهذا قيده الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بما ذكرنا ، قال : يدل عليه وضع المسئلة فى مختصر الكرخى بقوله غاب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف ، فلو وادعهم على المال لايجوز لأنه فى معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية . وقوله (لما نبين) يعنى فى باب الجزية (و) مع هذا (لوأخذه لايرده) عليهم لأن مالهم فئ للمسلمين إذا ظهروا ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغى حيث يرد عليهم بعد ماوضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئا إلا أنه لايرده حال الحرب لأنه إعانة لهم .(قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لايفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية) أى النقيصة ، ومن ذلك قول عمر لأبى بكر رضى الله عنهما فى الحديبية وكان متجانفا عن الصلح : أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال أبو بكر : بلى ، قال : أولسنا بالمسلمين ؟ قال : بلى ، قال : أو ليسوا بالمشركين ؟ قال : بلى ، قال : فعلام نعطى الدنية فى ديننا ؟ فقال له أبو بكر : الزم غرزه ، فإنى أشهد أنه رسول الله ، فقال عمر : وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . ذكره ابن إسحاق فى السير . وفى الحديث « ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الإيمان » قال الله تعالى ـ ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين ـ (إلا إذا خاف) الإمام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا بأس « لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما اشتدّ على الناس البلاء فى وقعة الخندق أرسل إلى عيينة بن حصن الفزارى والحرث بن عوف بن أبى حارثة المرى وهما قائدا غطفان وأعطاهما ثلث ثمار المدينة على

وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال . وقوله (لما فيه من إعطاء الدنية) أى النقيصة . وقوله (إلا إذا خاف الهلاك) يعنى على نفسه ونفس سائر المسلمين ، فحينئذ لابأس بدفع المال ؛ لما روى « أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى ـ هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا ـ بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه فى كل سنة ثلث ثمار المدينة ، فأبى إلا النصف ، فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا : يارسول الله إن كان عن وحى فامض لما أمرت به ، وإن كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لايطمعون فى ثمار المدينة إلا بشراء أو قرى ، فإذا أعزّنا الله بالدين وبعث إلينا رسوله نعطيهم الدنية ، لانعطيهم إلا السيف ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم ، فإن أبيتم ذلك فأنتم وذاك ، اذهبوا فلا نعطيكم إلا السيف » فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الصلح فى الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين ، فحين رأى القوّة

(قال المصنف : ولا يأخذ عليه مالا لأنه لايجوز أخذ الجزية منهم لما نبين) أقول : هذا إنما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الإحصار . ولا دلالة فيه على عدمه بعده فتأمل . قال فى الكافى : ولا يأخذ منهم على ذلك مالا ، لأن أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه . وفيه بحث ، فإن الموادعة تكون بزمان معين ، فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا إلى ذلك الزمان كيف يكون تقريرا لهم عليه ؟

لأن دفع الهلاك واجب بأىّ طريق يمكن (ولاينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم) لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ،

أن يرجعا بمن معهما ، فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح ، فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه ، فقالا له : يارسول الله أمرا تحبه فتصنعه أم شيئا أمرك الله به لابد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا ؟ قال : بل شىء أصنعه لكم ، والله ما أصنع ذلك إلا لأنى رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر مّا ، فقال له سعد بن معاذ : يارسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لانعبد الله ولا نعرفه وهم لايطمعون أن يأكلوا منا تمرة إلا قرى أو بيعا ، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزّنا بك وبه نعطيهم أموالنا ؟ مالنا بهذا من حاجة ، والله مانعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأنت وذاك ، فتناول سعد الصحيفة فمحا مافيها من الكتابة ، ثم قال : ليجهدوا علينا » . قال محمد بن إسحاق: حدثنى به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهرى . وعلل المصنف هذا بقوله (لأن دفع الهلاك واجب بأىّ طريق يمكن) وهو تساهل فإنه لايجب دفع الهلاك بإجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ؛ ولو شرطوا فى الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك . وقال الشافعى : يجب الوفاء به فى الرجال دون النساء « لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك فى الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد أسلم فردّه » ، فصار ينادى يامعشر المسلمين أأردّ إلى المشركين يفتنونى عن دينى ؟ فقال له عليه الصلاة والسلام : اصبر أبا جندل واحتسب فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا ، وكذا ردّ أبا بصير » وأما لوشرط مثله فى النساء لايجوز ردهنّ ولا شك فى انفساخ نكاحها ، فلو طلب زوجها الحربىّ المهر هل يعطاه ؟ للشافعى فيه قولان : فى قول لايعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد . وفى قول يعطاه ، قال تعالى ـ فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ـ وهذا هو دليل النسخ فى حق الرجال أيضا ، إذ لافرق بين النساء والرجال فى ذلك ، بل مفسدة ردّ المسلم إليهم أكثر ، وحين شرع ذلك كان فى قوم من أسلم منهم لايبالغون فى تعذيبه ، فإن كل قبيلة لاتتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى إنما يتولى ردعه عشيرته وهم لايبلغون فيه أكثر من القيد والسبّ والإهانة ، ولقد كان بمكة بعد هجرة النبىّ صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبى بصير وأبى جندل بن عمرو بن سهيل إلى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والأمر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب) إذا حضروا مستأمنين (ولا يجهز إليهم) مع التجار إلى دار الحرب (لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم) والمعروف مافى سنن البيهقى ومسند البزار ومعجم الطبرانى من حديث

فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله بأىّ طريق يمكن) قيل فى هذا التعميم شبهة ، وهى أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا ، فإن دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا . وأجيب عنها بأن معنى الكلام بأى طريق يمكن سوى الأمور التى رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها . وأقول : الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضا . وقوله (ولا يجهز إليهم)

ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا . وكذلك الحديد لأنه أصل السلاح ، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا ، وهذا هو القياس فى الطعام والثوب ، إلا أنا عرفناه بالنص « فإنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة و هم حرب عليه » .

بحر بن كنيز (١) السقاء عن عبيد الله اللقيطى عن أبى رجاء عن عمران بن الحصين «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح فى الفتنة» . قال البيهقى : الصواب أنه موقوف . وأخرجه ابن عدى فى الكامل عن محمد بن مصعب القرقسانى ، وقد اختلف فيه ، ضعفه ابن معين ، وقال ابن عدى : وهو عندى لا بأس به ، ونقل عن أحمد نحو ذلك . قال المصنف (ولأن فيه) أى فى نقل السلاح وتجهيزه إليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أى الخيل ، ولا فرق فى ذلك بين ماقبل الموادعة وبين مابعدها (لأنها على شرف الانقضاء أو النقض) قال (وهو القياس فى الطعام) أى القياس فيه أن يمنع من حمله إلى دار الحرب لأنه به يحصل التقوّى على كل شىء والمقصود إضعافهم (إلا أنا عرفناه) أى نقل الطعام إليهم (بالنص) يعنى حديث ثمامة ، وحديث إسلامه رواه البيهقى من طريق محمد بن إسحاق عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة ، فذكر قصة إسلام ثمامة ، وفى آخره قوله لأهل مكة حين قالوا له أصبوت ؟ فقال : إنى والله ماصبوت ولكنى أسلمت وصدّقت محمدا وآمنت به ، وايم الذى نفس ثمامة بيده لاتأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة مابقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم ، وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش ، فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم الطعام ، ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . وذكره ابن هشام فى آخر السيرة ، وذكر أنهم قالوا له صبأت ؟ فقال لا ، ولكنى اتبعت خير الدين دين محمد ، والله لاتصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى أن قال : فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنك تأمر بصلة الرحم وإنك قد قطعت أرحامنا ، فكتب عليه الصلاة والسلام إليه أن يخلى بينهم وبين الحمل . وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لأنه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية ، فإن الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح . وذهب فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير إلى أنه لايكره حيث قال : وهذا فى السلاح ، وأما فيما لايقاتل به إلا بصنعة فلابأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا ببيع الخشب وما أشبه ذلك . وقال الفقيه أبو الليث فى شرحه : وليس هذا كما قالوا فى بيع العصير ممن يجعله خمرا لأن العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد مايصير خمرا ، وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة فى الحال ، ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة ، قيل بإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لايكره .

[فروع من المبسوط] طلب ملكهم الذمة على أن يترك أن يحكم فى أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لايصلح فى الإسلام لايجاب إلى ذلك ، لأن التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ، ولأن الذى من يلتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فشرط خلافه باطل ، ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم

أى لايبعث التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع ، والمراد به هاهنا السلاح والكراع والحديد . وقوله (لما بينا) يعنى قوله ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله : أى أتاهم بالطعام .

---

(١) (بحر بن كنيز) كذا هو فى الخلاصة بمهملة بعد الموحدة وأبوه بنون وآخره معجمة وهو الصواب ، وليحذر ماوقع فى بعض النسخ من « بحر بن كثير » كتبه مصححه .

(فصل)

(إذا أمن رجل حرّ أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أومدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » أى أقلهم

ماشاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعوه إن شاء لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام فى الأحرار ، ولو أسلم كانوا عبيده ، فكذا إذا صار ذميا ، وهذا لأنه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فإن ظفر عليهم عدوّ فاستنقذهم المسلمون فإنهم يردونهم على هذا الملك بغير شىء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة ، وهذا لأن على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك فى حق المسلمين ؛ وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أوأسلموا هم دونه هم عبيده . ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيئا معلوما وعلى أن لايجرى عليهم فى بلادهم أحكام المسلمين لايفعل ذلك ، إلا أن يكون خيرا للمسلمين لأنهم بهذه الموادعة لايلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب ، وترك القتال مع أهل الحرب لايجوز إلا أن يكون خيرا للمسلمين ، ثم إن فعل ذلك إن كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال . ولو صالحوهم على أن يؤدوا إليهم فى كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح ، لأن هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لايجوز ؛ ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لايجوز تمليك شىء من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لأن حريتهم تأكدت ، بخلاف مالو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإنه جائز لأن المعينين فى السنة الأولى لاتتناولهم الموادعة ومنها يثبت الأمان لهم ، فإذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم إياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك المسلمين بالموادعة ، والمشروط فى السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز . ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لايحل شراؤه منه لأن مال المستأمن لايملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه . ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين ، ثم لايلزم رد شىء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة ماخرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم ينقادوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ، ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه فى أمان المسلمين .

(فصل فى الأمان)

وهو نوع من الموادعة فى التحقيق (قوله إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على إسناد المصدر إلى المفعول (ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ») أى لاتزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج

(فصـــل)

لما كان الأمان نوعا من الموادعة لأن فيه ترك القتال كالموادعة ذكره فى فصل على حدة وكلامه واضح . وقوله (ويسعى بذمتهم) أى بعهدهم وأمانهم (أدناهم : أى أقلهم

(فصل وإذا أمن رجل حر)

وهوالواحد ،

أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، ويرد عليهم أقصاهم ، وهم يد على من سواهم » ومعنى يرد عليهم أقصاهم : أى يرد الأبعد منهم التبعة عليهم ، وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منهم سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد مابقى لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب وأخذ المال . وأما قوله وهم يد الخ : أى كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم ، لكن رواه ابن ماجه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد » الحديث . ففسر الرد فى ذلك الحديث بالإجارة ، فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا . والمقصود من هذا الحديث محل الدية ، وهو فى الصحيحين عن على رضى الله عنه قال : ما كتبنا عن النبى صلى الله عليه وسلم إلا القرآن وما فى هذه الصحيفة ، قال عليه الصلاة والسلام « المدينة حرم ، فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لايقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا ، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ، فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لايقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا » وأخرج البخارى نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبى هريرة ، ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث على من جهة أبى داود . والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط ، فإن مافى الصحيحين ليس فيه « تتكافأ دماؤهم » وهو يريد أن يخرج ماذكره فى الهداية لاماهو محل الحاجة من الحديث فقط . وفسر المصنف أدناهم بأقلهم فى العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتى وليس بلازم ، إذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حرا أو عبدا . وقد ثبت فى أمان المرأة أحاديث : منها حديث أم هانئ فى الصحيحين رضى الله عنها « قالت : يارسول الله زعم ابن أمى على أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان ، قال عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت » ورواه الأزرقى من طريق الواقدى عن ابن أبى ذئب عن المقبرى عن أبى مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبى طالب رضى الله عنها قالت « ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له : يارسول الله إنى أجرت حموين لى من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما ، فقال عليه الصلاة والسلام : ماكان له ذلك » الحديث . وكان الذى أجارته أم هانئ عبد الله بن أبى ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بنى مخزوم . ومنها ما رواه أبو داود : حدثنا عثمان بن أبى شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها قالت : إن كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز . وترجم الترمذى باب أمان المرأة ، حدثنا يحيى بن أكثم إلى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن المرأة لتأخذ للقوم » يعنى تجير القوم على المسلمين . وقال : حديث حسن غريب ، وقال فى علله الكبرى : سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : هو حديث صحيح . وكثير بن زيد وهو فى السند سمع من الوليد بن رباح ، والوليد بن رباح سمع من أبى هريرة . ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص ، فقال عليه الصلاة والسلام :

وهوالواحد) لأنه لا أقل منه ، وإنما فسر الأدنى هاهنا بالأقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لأنه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين .

ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره ، ولأن سببه لايتجزأ وهو الإيمان ، وكذا الأمان لايتجزأ فيتكامل كولاية الإنكاح . قال (إلا أن يكون فى ذلك مفسدة . فينبذ إليهم) كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه .

« ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم » رواه الطبرانى بطوله . قال المصنف (ولأنه من أهل القتال) أى الواحد ذكرا كان أو أنثى فإنها من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه (فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله) أى محل الأمان وهو الكافر الخائف ، وإذا صدر التصرف من أهله فى محله نفذ (ثم يتعدى إلى غيره) أى غير المجير من المسلمين . وأما قوله ولأن سببه لايتجزأ الخ فيصلح تعليلا بلا واو للتعدى ، فإن ماذكره من المعنى لايزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن ، فأما تعديه إلى غيره فليس ضروريا فلا بدّ له من دليل. وما ذكر من عدم التجزى يصلح دليلا له فإنه إذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل. واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الإيمان لايتجزأ فكذا الأمان ، وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال آمنته فأمن : أى أعطيته الأمان فأمن . ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر : أى حصل له الأمان ، وهذا إنما يتم إذا كان السبب علة وهو مجاز ، فإن حقيقة السبب المفضى فلا يلزم من وجوده الوجود ، ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب مفض إلى أمان الحربى بإعطاء المسلم إياه له ، فالحق أن كلا منهما يصح الإيمان : أى إعطاء الأمان سبب الأمان بمعنى علته لايتجزأ فلا يتجزأ الأمان ، أو الإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقى للأمان لايتجزأ فلا يتجزأ الأمان وصار (كولاية الإنكاح) إذا زوّج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل. واعلم أن كونها لاتتجزأ إنما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع فى ذلك (وقوله إلا إذا كان فى ذلك) أى أمان الواحد (مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه) فى الباب السابق

(وقوله ولأنه) أى ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد ، وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ماكانت هذه تقاتل » معناه بنفسها . وقوله (لملاقاته) أى لملاقاة الأمان (محله) لأن محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ماذكرنا . وقوله (ثم يتعدى) أى الأمان (إلى غيره) أى غير الذى أمن من أهل الإسلام كما فى شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه إلى غيره (قوله ولأن سببه لايتجزأ وهو الإيمان) أى التصديق بالقلب (فكذا الأمان لايتجزأ) فإذا تحقق من البعض فإما أن يبطل أو يكمل ، لايجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثانى ، كما إذا وجد الإنكاح من بعض الأولياء المتساوية فى الدرجة صح النكاح فى حق الكل لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا . واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين : جعل المناط فى أحدهما كون من يعطى الأمان ممن يخافونه وفى الآخر الإيمان ، والأول يقتضى عدم جواز أمان العبد المحجور والتاجر والأسير ، والثانى يقتضى جوازه ، ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثانى ليقع علة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يجعل الأول علة والثانى شرطا وسماه سببا مجازا ، والشىء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجىء فى كلامه إشارة إلى هذا . وقوله (إلا أن يكون فى ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح أمانهم . وقوله (وقد بيناه)

(قوله وهو الإيمان : أى التصديق) أقول : قال الإتقانى : وهو الإيمان أى إعطاء الأمان اهـ . وأنت خبير بأن تفسير الشارح أولى منه ، يدل عليه قول عمر رضى الله عنه إنه رجل من المسلمين على ماسيجىء . (قوله وقوله إلا أن يكون فى ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول : بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم .

ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام لما بينا ، ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمىّ) لأنه متّهم بهم ، وكذا لاولاية له على المسلمين . قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ، ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا لايصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبى حنيفة إلا أن يأذن له مولاه فى القتال : وقال محمد يصح) وهو قول الشافعى ، وأبو يوسف معه فى رواية ، ومع أبى حنيفة فى رواية

وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى . وأما قوله (ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبنى عليه قوله (ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ، ما إذا كان فيه نظر) لايؤدبه (لأنه ربما) فعل ذلك مخافة أن (تفوت المصلحة بالتأخير) إلى أن يعلم الإمام بها ويؤمن هو بنفسه . والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق ، وإنما يقال الافتعال للسبق إلى الشىء دون ائتمار من ينبغى أن يؤامر فيه ، بخلاف غيره يقال فاتنى ذلك الفارس : أى سبقنى فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ماقبلها ، والتعليل به مطلقا يقتضى أن يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة ، فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لامصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذمى لأنه متّهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا ، وأيضا لاولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) فى دار الحرب (لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان يختص بمحل الخوف ، ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ، ولأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح (قوله ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الأمان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما فى دارهم لامنعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبى حنيفة إلا أن يأذن له مولاه فى القتال ، وقال محمد يصح : وهو قول الشافعى) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف فى رواية) لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله « ويسعى بذمتهم

يعنى فى باب الموادعة بقوله وإن صالحهم مدة الخ وإليه أيضا أشار بقوله (لما بينا) قبل قوله (ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون فى ذلك مفسدة . وأقول : يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام وهذا بعده ، ويجوز أن يكون أعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه : أى لسبقه على رأى الإمام ، وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأى وهو افتعال من الفوت وهو السبق (قوله ولا يجوز أمان ذمى لأنه متّهم بهم) أى بالكفار للاتحاد فى الاعتقاد . وقوله (لايصح أمانه لما بينا) يعنى قوله والأمان يختص بمحل الخوف . قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به إلى قوم محصورين ، فرفع ذلك إلى عمر رضى الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لأن الرمى فعل المقاتل ، وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبى حنيفة ، ويصح عند محمد والشافعى . وذكر الكرخى قول أبى يوسف مع محمد واعتمد عليه

(قوله قيل قوله ولو حاصر الإمام) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك ، إلى قوله : ويجوز أن يكون الخ) أقول : فى كلا الوجهين بحث .

لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام « أمان العبد أمان » رواه أبو موسى الأشعرى ، ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال وبالمؤبد من الأمان ، فالإيمان لكونه شرطا للعبادة ، والجهاد عبادة ، والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين إذ الكلام فى مثل هذه الحالة ، وإنما لايملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول . ولأبى حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لايخافونه فلم يلاق الأمان محله .

أدناهم » (و) لما (روى أبو موسى الأشعرى من قوله عليه الصلاة والسلام « أمان العبد أمان » ولأنه مؤمن ممتنع) أى له قوة يمتنع بها ويضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال والمؤبد من الأمان) وهو عقد الذمة ، فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة ، فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة ، وهذا لأن ذلك تمام المؤثر فى صحة الأمان . أما الإيمان فلأنه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها . وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع ، وهو (إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام فى مثل هذه الحالة) لا فيما لامصلحة فيه (وإنما لايملك المسايفة) أى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل ، وهذا المانع إنما يؤثر فى الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين ، فلم يبق بينه وبين المحجور عليه فى هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولأبى حنيفة) ومالك فى رواية سحنون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الأمان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الإعزاز لأنه ممن لايخاف منه ولا المصلحة ، لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة فى الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بالأمر من غير الممارس له ،

القدورى فى شرحه ، وذكره الطحاوى مع أبى حنيفة وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه صاحب الأسرار ، واستدلال محمد بالحديث ظاهر . وقوله (ولأنه مؤمن ممتنع) أى ذو قوة وامتناع إشارة إلى شرط جواز الأمان وهو الإيمان وإلى علته وهو الخوف لأن الخوف إنما يحصل ممن له قوة وامتناع . وقوله (وبالمؤبد من الأمان) يعنى عقد الذمة ، فإن الحربى إذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك . وقوله (فالإيمان لكونه شرطا للعبادة) يعنى شرطنا الإيمان فى قولنا ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لأنه شرط للعبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجىء فى كلامه إشارة إلى هذا . وقوله (والامتناع) يعنى وشرطنا الامتناع ليتحقق إزالة الخوف به . وقوله (والتأثير إعزاز الدين) يعنى العلة الجامعة فى قياس العبد المحجور على المأذون له إعزاز الدين وإقامة المصلحة الخ . وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر فى أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الإيمان ، وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو إعزاز الدين وإقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين فى عين هذا الحكم وهو الأمان فى الحر ، فإذا وجد فى المحجور عليه صح تعديته إليه كما فى سائر الأقيسة . وقوله (وإنما لايملك المسايفة) جواب عما يقال الأصل فى الجهاد هو المسايفة وهو لايملكه فلا يملك الأمان أيضا ، وتقريره إنما لايملك المسايفة (لما فيه من تعطيل منافع المولى) وهو لايملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (فى مجرد القول) وقوله (ولأبى حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون ممانعه . وتقريره لانسلم وجود الامتناع لأن

(قال المصنف : فالإيمان لكونه شرطا الخ) أقول : سيجىء أن الأمان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول : يعنى تقدم تخمينا بعشرين سطرا وهو قوله والشىء يبقى على عدمه عند عدم شرطه ، وسيجىء فى كلامه إشارة إلى هذا .

بخلاف المأذون له فى القتال لأن الخوف منه متحقق . ولأنه إنما لايملك المسايفة لما أنه تصرف فى حق المولى على وجه لايعرى عن احتمال الضرر فى حقه . والأمان نوع قتال وفيه ماذكرناه لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف المأذون لأنه رضى به والخطأ نادر لمباشرته القتال ، وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ، ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك . وإسقاط الفرض نفع فافترقا .

وفى خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون ، وبخلاف) الأمان (المؤبد) بإعطاء الجزية (لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولأنه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولأنه مفروض عند مسئلتهم) لأن الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى ـ حتى يعطوا الجزية ـ فنى عقد الذمة لهم (إسقاط الفرض) عن الإمام وعامة المسلمين ، وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين : قياس أمان المحجور على أمان المأذون فى القتال . وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور . ولا شك أن فرق أبى حنيفة فى الثانى متجه . وأما دفعه القياس الأول فلالأنه إن فرق بأنه لايخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحزب غير معلوم ، فإنهم لايعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم . وأما بأن الظاهر خطؤه فى المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة ، بل إذا كان كذلك نبذ إليهم الإمام به . نعم الاستدلال بالحديث المروى عن أبى موسى غير تام لأنه حديث لايعرف . فإن قلت : فقد روى عبد الرزاق : حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشى قال : شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا ، فحاصرناها شهرا ، حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل ، فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أمانا ثم رمى به

الامتناع إنما يكون لتحقق إزالة الخوف وهم لايخافونه ، وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف ، وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لايصح أمانه لأنهم لايخافونه ، وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه ، فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لايخافونه . والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فإنهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولايقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع . ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل إثباتا لمذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فتأمل . وقوله (وفيه ماذكرناه) يريد أنه تصرف فى حق المولى على وجه لايعرى عن احتمال الضرر . وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أى على المسلمين وذلك ضرر فى حقهم ، فإذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه مايضر المولى والمسلمين . وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لأنه) أى الأمان المؤبد (خلف عن الإسلام) من حيث إنه ينتهى به القتال المطلوب به إسلام الحربى (فهو بمنزلة الدعوة إليه) أى إلى الإسلام وهى نفع (ولأنه مقابل بالجزية) وهى نفع (ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعنى أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه (وإسقاط الفرض نفع فافترقا)

(قوله ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال الخ) أقول : إن أراد أنه محجور عن القتال الحقيقى والحكمى فهو ممنوع ، بل هو أول المسئلة وإن أراد أنه محجور عن الحقيقى فسلم وليس الأمان منه ولعله إنما أمر بالتأمل لذلك .

ولو أمن الصبي وهو لايعقل لايصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف ، وإن كان مأذونا له فى القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق .

إليهم ، فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا فى ثيابهم ووضعوا أسلحتهم ، فقلنا لهم : ما شأنكم ، فقالوا أمنتمونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم ، فقلنا : هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء ، قالوا : لاندرى عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان ، فكتبنا إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب إن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم . ورواه ابن أبى شيبه وزاد: وأجاز عمر أمانه . فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذونا له فى القتال، وأيضا جاز كونه محجورا والأمان كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم ؛ إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم فى رواية عبد الرزاق يقتضى إناطته مطلقا بذلك ، والحديث جيد ، وفضيل بن يزيد الرقاشى وثقه ابن معين (قوله وإن أمن الصبي وهو لايعقل لايصح) بإجماع الأئمة الأربعة (كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لايصح عند أبى حنيفة ويصح عند محمد ، وبقول أبى حنيفة قال الشافعى وأحمد فى وجه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه ، وبقول محمد قال مالك وأحمد (وإن كان مأذونا له فى القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا ، وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون ، والمراد بكونه يعقل أن يعقل الإسلام ويصفه ، وأضاف أبا يوسف إلى أبى حنيفة فى السير الكبير فى عدم الصحة ، وإنما قال المصنف : والأصح والله أعلم لأنه أطلق المنع فى الصبي المراهق عن أبى حنيفة كما نقله الناطفى فى الأجناس ناقلا عن السير الكبير فقال : قال محمد : الغلام الذى راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جاز له أمانه ، ثم قال : وهذا قوله ، فأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف فلا يجوز ، وكذا وقع الإطلاق فى كفاية البيهقى فقال : لايجوز أمان الصبي المراهق مالم يبلغ عند أبى حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته ، وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلما بنفسه ، فهذا كما ترى إجراء للخلاف فى الصبي مطلقا . قال المصنف : والأصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال أو مأذونا له فيه ، ففى الثانى لاخلاف فى صحة الأمان . هذا ومن ألفاظ الأمان قولك للحربى لاتخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ، ذكره فى السير الكبير . وقال الناطفى فى السير إملاء : سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بأصبعه إلى السماء لرجل من العدو ، فقال : ليس هذا بأمان ، وأبو يوسف استحسن أن يكون أمانا، وهو قول محمد والله أعلم .

وقوله (فهو على الخلاف) يعنى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لايصح أمانه وعند محمد يصح. وقوله (والأصح أنه يصح بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن .

(باب الغنائم وقسمتها)

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أى قهرا (فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

(باب الغنائم وقسمتها)

لما ذكر قتال الكفار وذكر ماينتهى به من الموادعة ذكر ماينتهى إليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها ، وإنما كان ذلك غالبا لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم فى الأكثر (قوله وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) يجوز فى الواو ماقدمناه فى قوله وإذا حاصر الإمام ، وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لأنها من عنا يعنو عنوة وعنوا إذا ذل وخضع ، ومنه ـ وعنت الوجوه للحىّ القيوم ـ وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة : أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم ، وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد إلا فى ألفاظ عند بعضهم . وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الإخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازى ، لكن لينتقل منه إلى آخر هو المقصود بتلك الإرادة ككثير الرماد ، ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب . والوجه أنه مجاز اشتهر ، فإن عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا . وإذا فتح الإمام بلدة عنوة (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) مع رءوس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد إخراج الخمس لجهاته ، وإن شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم من الأراضى والأموال والذرارى ، ويضع على الأراضى المقسومة العشر لأنه ابتداء التوظيف على المسلم ، وإن شاء منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرءوس والخراج على أرضهم من غير نظر إلى الماء الذى يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار أو ماء الخراج كالأنهار التى شقتها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر . وأما المنّ عليهم برقابهم وأرضهم فقط فكروه ، إلا أن يدفع إليهم من المال مايتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضى إلى أن تخرج الغلال ، وإلا فهو تكليف بما لا يطاق . وأما المنّ عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا إلى دار الحرب .

(باب الغنائم وقسمتها)

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم ، فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها . والغنيمة مانيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة . وحكمها أن تخمس والباقى بعد الخمس للغانمين خاصة (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أى قهرا) قال فى النهاية : قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لأن عنا عنوًا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد ، بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لأن من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ،

(باب الغنائم وقسمتها)

(قوله وهو لازم وقهر متعد) أقول : دليل ثان على أنه ليس تفسيرا .

(وإن شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه ،

نعم له أن يقيم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه إليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والأعمال ، وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر . هذا وقد قيل الأولى الأول وهو قسمة الأراضى وغيرها إذا كان بالمسلمين حاجة ، والثانى عند عدمها . ثم استدل على جواز قسمة الأرض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : قال عمر رضى الله عنه : لولا آخر المسلمين مافتحت بلدة ولا قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر . ورواه مالك فى الموطإ : أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال : سمعت عمر يقول : لولا أن يترك آخر الناس لاشيء لهم مافتح المسلمون قرية إلا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها . والذى فى أبى داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين . قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما . وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم : يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما . وقد جاء مبينا كذلك فى رواية البيهقى ، فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك ، وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب المسلمين . وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال . ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها ، فلما صارت الأموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم . زاد أبوعبيد فى كتاب الأموال فعاملهم بنصف مايخرج منها ، فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عمر ، فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل ، فأجلى عمر رضى الله عنه اليهود إلى أرض الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم . وقد اختلف أصحاب المغازى فى أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الأول . وروى موسى بن عقبة عن الزهرى الثانى ، وغلطه ابن عبد البر قال : وإنما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما فى حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل ، فحاز رسول الله صلى الله عليه سلم الأموال وجميع الحصون إلا ماكان من ذينك الحصنين ، إلى أن قال : فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ، ولعمرى إنه فى الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ، ولكنهم لم يتركوا أرضهم إلا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها ، إلى أن قال : ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم » فالحق فى ذلك ماقاله ابن إسحاق عن الزهرى : أى أنها فتحت عنوة دون ماقاله موسى بن عقبة عنه اهـ (قوله وإن شاء أقرّ أهله إلى قوله : هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك فى إقرار عمر رضى الله عنه أهل السواد

وإن شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذا فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فإن قيل : قد خالفه فى ذلك جماعة . أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال : اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف : أى ماتوا

وفى كل من ذلك قدوة فيتخير . وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين ، والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى ، وهذا فى العقار . أما فى المنقول المجرد لايجوز المنّ بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه ،

ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا ، وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة ، وفرض على رقاب الموسرين فى العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين ، وعلى من لم يجد شيئا اثنى عشر درهما ، فحمل فى أول سنة إلى عمر ثمانون ألف ألف درهم ، وفى السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم ، إلا أن فى المشهور عن أصحاب الشافعى أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين ، فجعلت لأهل الخمس والمنقولات للغانمين . والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واسترد ها ورد ها على أهلها بخراج يؤدونه فى كل سنة . وقال ابن شريح : باعها من أهلها بثمن منجم . والمشهور فى كتب المغازى أن السواد فتح عنوة ، وأن عمر رضى الله عنه وظف ماذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ـ ما أفاء الله على رسوله ـ إلى قوله ـ والذين جاءوا من بعدهم ـ أى الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاءوا من بعدهم ، وإنما تكون لهم بالمنّ بوضع الخراج والجزية ، وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان ، ونقل عن أبى هريرة فدعا عمر رضى الله عنه على المنبر وقال : اللهم اكفنى بلالا وأصحابه . قال فى المبسوط : فلم يحمدوا وندموا ورجعوا إلى رأيه . ويدل على أن قسمة الأراضى ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبىّ صلى الله عليه وسلم أرضها ، ولهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفا للمسلمين ، وهو أدرى بالأخبار والآثار ، ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها ؛ ألا ترى أنه ثبت فى الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام : «من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه عليه فهو آمن » ولو كان صلحا لآمنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك وإلى ماثبت من إجارة أم هانئ من

جميعا (وفى كل من ذلك قدوة فيتخير) ولقائل أن يقول : لانسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ لم يصل إلى حد الإجماع . والجواب عنه من وجهين : أحدهما أن فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أىّ جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وحينئذ لايستوجب العمل لامحالة ، فإذا ظهر دليل الصحابى جاز أن يعمل بخلافه . والثانى أنه على تقدير أنه عليه الصلاه والسلام فعل ذلك وجوبا ، فإن عمر رضى الله عنه فعل مافعل مستنبطا من قوله تعالى ـ والذين جاءوا من بعدهم ـ بعد قوله تعالى ـ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى ـ فيكون ثابتا بإشارة النص وهى تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير كما فى خصال الكفارة ، ففعل النبى صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) فى التوفيق بينهما أن (الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فإنه كان عند حاجة المسلمين (والثانى عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضى الله عنه (ليكون عدة فى الزمان الثانى ، وهذا) أى إقرار أهل بلد على بلدهم بالمنّ عليهم (فى العقار ، أما فى المنقول المجرد فلا يجوز المنّ بالرد) بأن يدفع إليهم مجانا وينعم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المنّ عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك فى قوله بعد هذا وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضى يدفع إليهم من المنقولات بقدر مايتهيأ لهم العمل . وقوله (لأنه لم يرد به) أى بالمنّ (الشرع فيه) أى فى المنقول المجرد

(قوله ففعل النبى عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضى الله تعالى عنه الآخر) أقول : فيه نظر لأن الآية إن أفادت القطع بطريق الإشارة

وفى العقار خلاف الشافعى لأن فى المنّ إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله ، والخراج غير معادل لقلته ، بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل ،والحجة عليه ما رويناه ، ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد، والخراج وإن قلّ حالا فقد جلّ مآلا لدوامه ،وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضى يدفع إليهم من المنقولات بقدر مايتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة .

إجارته ومدافعتهاعليا عن قتله ، وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة . وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام فى الصحيحين « إن الله تعالى حرّم مكة يوم خلق السموات والأرض لايسفك بها دم، إلى أن قال : فإن أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم » فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح فى ذلك (قوله وفى العقار خلاف الشافعى) فعنده يقسم الكل (لأن فى المنّ) بالأرض (إبطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولى (فلا يجوز) للإمام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لايعادل لقلته) بالنسبة إلى رقبة الأرض (بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضى الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان إجماعا . فإن قيل : لاينعقد الإجماع بمخالفة بلال ومن معه. أجيب بأنه لم يسوّغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم، ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولأن فيه نظرا) للمسلمين (لأنهم) يصيرون (كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفى هذا من النظر مالايخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين(والخراج وإن قلّ حالا فقد جلّ مآلا) فربما يتحصل منه على طول الزمان أضعاف

(وفى العقارخلاف الشافعى) فإنه لايجوز المنّ فيه . قال (لأن فى المنّ إبطال حق الغانمين) عندكم لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد صارمحرزا بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها وليس للإمام ذلك (أو ملكهم) يعنى عندى ، فإن الملك قد ثبت لهم بنفس الإحراز (فلا يجوز) يعنى إبطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فإن قيل : الخراج يعادله . أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته)فإن قيل: فالحق أو الملك ثبت فى رقابهم أيضا وجازله أن لايقسمها . أجاب بقوله (بخلاف الرقاب)يعنى أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهوالجزية ، وهذا لأنها خلقت فى الأصل أحرارا والملك ثبت بعارض ؛ فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل ، فإذا جعلهم أحرارا فقد بقّى حكم الأصل فكان جائزا (والحجة عليه مارويناه) يعنى من فعل عمررضى الله عنه. وقوله (ولأن فيه نظرا) يعنى أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر فى إقرار أهلها عليها لأنه لوقسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكرّ عليهم العدو،وربما لايهتدون لذلك العمل أيضا،فإذا تركها فى أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالأكرة) أى المزارعين (العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظرلامحالة فيكون جائزا . قوله (والخراج وإن قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وإن قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج فى سنة (فقد جلّ مآلا لدوامه) بوجوبه فى كل سنة . قوله (وإن منّ عليهم) ظاهر. وقوله (ليخرج عن حد الكراهة)معناه ما قال الإمام التمرتاشى ، فإن منّ عليهم

بطل العمل بالحديث لأنه ظنى وإلا فيعود السؤال ، وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول إلى دليل آخر لا التخيير وإلا لثبت فى كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة إذ لاتعارض هناك، بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا.

قال (وهو فى الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل ، ولأن فيه حسم مادة الفساد (وإن شاء استرقهم) لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (إلا مشركى العرب والمرتدين)

قيمة الأرض (قوله وهو فى الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) يعنى إذا لم يسلموا (لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الأسارى إذ لاشك فى قتله عقبة بن أبى معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذى قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التى منها :

ياراكبا إن الأثيــل مظنة	من صبح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتا فإن تحية	ما إن تزال بها الركائب تخفق
منى إليك وعــبرة مسفوحة	جادت بواكفها وأخرى تخنق
ماكان ضرّك لو مننت وربما	منّ الفتى وهو المغيظ المحنق — الأبيات

وطعيمة بن عدى وهو أخو المطعم بن عدى . وأما ما قال هشيم إنه قتل المطعم بن عدى فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول : لوكان المطعم بن عدى حيا لشفعته فى هؤلاء النتنى » (ولأن فى قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لأن الرأى فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين فى استرقاقه فايس له أن يفتات عليه ، وعلى هذا فلوقتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شرّ الأسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لايضمن بقتله شيئا (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك فى أهل السواد. وقوله (إلا مشركى العرب والمرتدين) يعنى إذا أسروا فإن الكلام فى الأسارى ، ويتحقق الأسر

برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز ، ولكن يكره لأنهم لاينتفعون بالأراضى بدون المال ، ولابقاء لهم بدون مايمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم مايمكنهم به العمل فى الأراضى ، قال (وهو فى الأسارى بالخيار) الإمام فيما حصل تحت يده من الأسارى مخير بين الأمور الثلاثة : إن شاء قتلهم لأنه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبى معيط والنضربن الحارث بعد ماحصلا فى يده ، وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم ، فإن أسلموا سقط عنهم القتل لأنه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر ، فإذا زال الكفر سقط القتل (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام) فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لأن الرق جزاء الكفر الأصلى على ماعرف ، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لايجوز القتل والاسترقاق أيضا لأنه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضى الله عنه . فإن قيل - فاقتلوا المشركين- ينافى ترك قتلهم فلا يجوز . أجيب بأنه ترك العمل به فى حق أهل الذمة والمستأمن فكذا فى المتنازع فيه بفعل عمر رضى الله عنه . وقوله (إلا مشركى العرب) استثناء من قوله وإن شاء تركهم أحرارا . ولقائل أن يقول : هذه الأدلة تدل على خلاف المدعى لأن المدعى هو أن يكون الإمام مخيرا بين الأمور الثلاثة ، والأدلة تدل على وجوب كل واحد منها لأنه قال : لأن فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لامحالة ، ثم قال : لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وهو كالأول وأقوى . ثم استدل بما فعل عمر رضى الله عنه بقوله لما بينا ، وهو إنما يصح على تقدير أن يكون ما فعله واجبا وإلا لزم التخيير بين الواجب

(قوله وقوله إلا مشركى العرب استثناء من قوله الخ) أقول : فيه تأمل ، والظاهر أنه استثناء من قوله وهو فى الأسارى بالخيار .

على مانبين إن شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب) لأن فيه تقويتهم على المسلمين ، فإن أسلموا لايقتلهم لاندفاع الشرّ بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادى بالأسارى عند أبى حنيفة ، وقالا : يفادى بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعى لأن فيه تخليص المسلم وهوأولى من قتل الكافر والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حربا علينا ، ودفع شرّ حربه خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف إلينا ، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا .

فى المرتدين إذا غلبوا وصاروا حربا (على مانبين إن شاء الله تعالى) فى باب الجزية من أنه لاتقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الإسلام أو السيف (فإن أسلم الأسارى) بعد الأسر (لايقتلهم) لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام ، ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لاينافى الرق جزاء على الكفر الأصلى وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربى غير المشرك من العرب (بخلاف مالو أسلموا قبل الأخذ) لايسترقون ويكونون أحرارا لأنه إسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادى بالأسارى عند أبى حنيفة) هذه إحدى الروايتين عنه ، وعليها مشى القدورى وصاحب الهداية . وعن أبى حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبى يوسف ومحمد والشافعى ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لاتجوز المفاداة بهن عندهم ، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك ، وهذه رواية السير الكبير : قيل : وهو أظهر الروايتين عن أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لابعدها ، وعند محمد تجوز بكل حال . وجه ماذكر فى الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ، ودفع شرّ حرابته خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين. وجه الرواية الموافقة لقول العامة إن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لأن حرمته عظيمة ، وما ذكر من الضرر الذى يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه ظاهرا المسلم الذى يتخلص منهم لأنه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ، ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ، ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخرج مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى عن عمران بن حصين «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وغيره وهو لايجوز . والجواب أن كل واحد من الأمور واجب والإمام مخير بينها كما فى الواجب المخير . وقوله (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر . وقوله (ولا يفادى بالأسارى) المفاداة بين اثنين ، يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته ، ومنه قوله ولا يفادى بالأسارى : أى لايعطى أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يفادى بهم أسارى المسلمين ، ولاتجوز الفدية بالمال ، وجعل فى السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبى حنيفة . ووجه ذلك ماذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به . وقوله (وله أن فيه تقوية) فى بعض النسخ معونة ظاهر ، ويجوز أن يبرز هذا فى مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر فى صورة الرمى عند التترس بالمسلمين .

(قوله والإمام مخير بينها كما فى الواجب المخير) أقول : إذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوبها يكون ذلك من المعارضة لامن الواجب المخير ، فإن الدليل فى الواجب المخير واحد دل على شىء واحد وهو التخيير ، وهاهنا ليس كذلك إذ لم يدل دليل من الأدلة المذكورة على التخيير ولا بمجموعها ، إذ تعارض الأدلة لايقتضى التخيير بل يصار إلى الترجيح إن أمكن ، وإلا فإلى دليل آخر من الأدلة الأربعة كما تقرر فى الأصول .

أما المفاداة بمال يأخذه منهم لايجوز فى المشهور من المذهب لما بينا . وفى السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ، ولو كان أسلم الأسير فى أيدينا لايفادى بمسلم أسير فى أيديهم لأنه لايفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال (ولا يجوز المنّ عليهم) أى على الأسارى خلافا للشافعى فإنه يقول منّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه .

فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين » وأخرج مسلم أيضا عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه « خرجنا مع أبى بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال : فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى : ياسلمة هب لى المرأة لله أبوك : أعنى التى كان أبو بكر نفله إياها ، فقلت : هى لك يارسول الله ، والله ما كشفت لها ثوبا ، فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة » إلا أن هذا يخالف رأيهم فإنهم لايفادون بالنساء ويبقى الأول (قوله أما المفاداة بمال يأخذه منهم لايجوز فى المشهور من المذهب لما بينا) فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لابأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) إذ لاشك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم إذ ذاك ، فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال ، وقد أنزل الله تعالى فى شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ـ ما كان لنبىّ أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ـ أى يقتل أعداء الله من الأرض فينفيهم عنها ـ تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة ـ وقوله تعالى ـ لولا كتاب من الله سبق ـ وهو أن لايعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهاهم ـ لمسكم فيما أخذتم ـ من الغنائم والأسارى ـ عذاب عظيم ـ ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال ـ فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا ـ هى للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة . فإن قيل : لاشك أنه من الغنيمة . قلنا : لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضرّ بالمسلمين من غير حاجة ، وفى رده تكثير المحاربين لغرض دنيوى . وفى الكشاف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم ، وأبو بكر بأخذ الفداء تقوّيا ورجاء أن يسلموا . وروى «أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية ، فدخل عمر رضى الله عنه على النبى عليه الصلاة والسلام فإذا هو وأبو بكر يبكيان ، فسأله فقال : أبكى على أصحابك فى أخذهم الفداء ، لقد عرض علىّ عذابهم أدنى من هذه الشجرة » قال : وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال « لو نزل من السماء عذاب مانجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ » لقوله كان الإثخان فى القتل أحب إلىّ والله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الأسير وهو فى أيدينا لايفادى به لأنه لايفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه) فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز المنّ على الأسارى) وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شىء (خلافا للشافعى) إذا رأى الإمام ذلك ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وجه قول

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) فى إطلاق أسراهم (فلاتجوز فى المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) أن فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لابأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) وسيجىء جوابه . وقوله (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمنّ عليهم هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافا للشافعى فإنه يقول : منّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر) يعنى أبا عزة الجمحى (ولنا قوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغانمين .

فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ، وما رواه منسوخ بما تلونا (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرّقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعى : يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة . ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ،

الشافعى قوله تعالى ـ فإما منا بعد وإما فداء ـ ولأنه عليه الصلاة والسلام منّ على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبى الربيع على ماذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة « لما بعث أهل مكة فى فداء أسراهم ، بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى فداء أبى العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضى الله عنها أدخلتها بها على أبىالعاص حين بنى بها ، فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم ذلك رقّ لها رقة شديدة وقال لأصحابه : إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذى لها فافعلوا ، ففعلوا » ورواه الحاكم وصححه ، وزاد « وكان النبى صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلى زينب إليه ففعل » وذكر ابن إسحاق أن ممن منّ عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصارى فخلى سبيله . وأبو عزة الجمحى كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنّ عليه وأخذ عليه أن لايظاهر عليه أحدا ، وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين فى أحد فأسر ، فقال : يارسول الله أقلنى ، فقال عليه الصلاة والسلام : «لاتمسح عارضيك بمكة بعدها ، تقول خدعت محمدا مرتين ، ثم أمر بضرب عنقه » ويكفى ماثبت فى صحيح البخارى رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام فى أسارى بدر « لو كان المطعم بن عدى حيا ثم كلمنى فى هؤلاء النتنى لتركتهم له » والعجب من قول شارح بهذا لايثبت المنّ لأن لو لامتناع الشىء لامتناع غيره : يعنى فيفيد امتناع المنّ . ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المنّ جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله إياهم ، والإطلاق على ذلك التقدير لايثبت منه إلا وهوجائز شرعا ، وكونه لم يقع لعدم وقوع ماعلق عليه ، لاينفى جوازه شرعا وهو المطلوب . وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى ـ اقتلوا المشركين ـ من سورة براءة فإنها تقتضى عدم جواز المن وهى آخر سورة نزلت فى هذا الشأن ، وقصة بدر كانت سابقة عليها . وقد يقال إن ذلك فى حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق ، فبه يعلم أن القتل المأمور حتما فى حق غيرهم (قوله وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش) أى من مواشى أهل الحرب (فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان ، وعقر جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح فى تلك الوقعة فخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أوعلمه بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعى) وأحمد (يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلى لمأكلة) قلنا : هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام

(فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الأموال المغنومة (وما رواه) من المنّ على أبى عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى ـ فإما منا بعد وإما فداء ـ وكذلك قصة أسارى بدر ، لأن سورة براءة كانت آخر ما نزل ، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ فكان ناسخا لما تقدم كله . ولقائل أن يقول : قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمى والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياسا عليهم أو بحديث أبىعزة أو غيرهما . والجواب أن قياس الأسير على الذمى فاسد لوجود الذمة فيه دون

(قوله ولقائل أن يقول الخ) أقول : مخالف لما أسلفه فى أول الكتاب من أنه دليل قطعى فيفيد الفرضية .

ولاغرض أصح من كسر شوكة الأعداء ، ثم يحرّق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان ، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه ، وبخلاف العقر لأنه مثلة ، وتحرق الأسلحة أيضا ، ومالا يحترق منها يدفن فى موضع لايقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم .

نعم روى من قول أبى بكر نفسه ، رواه مالك فى موطئه عن يحيى بن سعيد : أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا إلى الشام ، فخرج يتبع يزيد بن أبى سفيان فقال : إنى أوصيك بعشر : لاتقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ، ولاتقطعنّ شجرا مثمرا ، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة ، ولا تخربنّ عامرا ، ولا تحرقن ، ولا تغرقن ، ولا تجبن ، ولا تغلل . ثم هو محمول على ما إذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار إسلام ، وكان ذلك هو المستمر فى بعوث أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك . وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لأنه إتلاف مال المسلمين ؛ ألا ترى إلى قوله لاتحرقنّ وهو رضى الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام «أغر على أبنى صباحا ثم حرق» بنى مجرد ذبح الحيوان وأنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وإنما يحرق (لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخارى عن أبى هريرة قال : « بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعث فقال لنا : إن وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار ، فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لايعذب بها إلا الله » ورواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن عبد القيس ، وطوّله البيهقى : وذكر السبب أنهما كانا روّعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما فى بطنها . والقضية مفصلة عند ابن إسحاق معروفة لأهل السير . وذكر البخارى أيضا تحريق علىّ رضى الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتعذبوا بعذاب الله » ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من بدّل دينه فاقتلوه » وأخرج البزار فى مسنده عن عثمان بن حيان قال : كنت عند أم الدرداء رضى الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته فى النار ، فقالت : سمعت أبا الدرداء يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايعذب بالنار إلا ربّ النار » هذا (وتحرق الأسلحة أيضا ، ومالا يحترق منها كالحديد يدفن فى موضع لايقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم) وما فى فتاوى الولوالجى : تترك النساء والصبيان فى أرض غامرة : أى خربة حتى يموتوا جوعا كى لايعودوا حربا علينا ، لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد ، لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذى نهى عنه النبىّ صلى الله عليه وسلم فى النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ، ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء ، وقد أوصى النبى صلى الله عليه وسلم بالأسرى خيرا . حدث ابن إسحاق عن نبيه بن وهب أخى بنى عبد الدار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسارى فرّقهم بين أصحابه وقال : استوصوا بالأسارى خيرا ، فقال أبو عزيز : مرّ بى أخى مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرنى فقال له شدّ يديك به فإن أمه

الأسير وهى المناط ، وكذا عن المستأمن لعدم استحقاق رقبته ، وحديث أبى عزة متقدم على الآية ، وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص لشىء من ذلك . والمواشى جمع ماشية وهى الإبل والبقر والغنم : والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى . وكلامه واضح .

(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام) وقال الشافعي: لابأس بذلك. وأصله أن الملك للغانمين لايثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت ويبتنى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية. له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما فى الصيود، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب، والخلاف ثابت فيه، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا.

ذات متاع، قال: وكنت فى رهط من الأنصار حين أقبلوا بى من بدر فكانوا إذا قدّموا غداءهم وعشاءهم خصونى بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم بنا، مايقع فى يد رجل منهم كسرة من الخبز إلا نفحنى بها، قال: فأستحى فأردها على أحدهم فيردها علىّ مايمسها، فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا، اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة، والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة فى دار الحرب حتى تخرج إلى دار الإسلام. وقال الشافعى: لابأس بذلك) إذا انهزم الكفار. وعن أبى يوسف رحمه الله: الأحبّ إلىّ أن لايقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخى. وعنه إن لم تكن مع الإمام حمولة يحملها عليها يقسمها فى دار الحرب. وأصله أن الملك للغانمين لايثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت) بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لاتفيد ملكا إلا إذا كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء فى فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى. واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين: إما بالقسمة حيثما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قائلا إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه. وعندنا لايثبت إلا بالقسم فى دار الإسلام، فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لايعتق، ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ماعرف فى عتق الشريك، وتخرّج الفروع المختلفة على هذا: منها لو وطئ بعض الغانمين فى دار الحرب واحدة من السبى فولدت فادّعاه يثبت نسبه عنده لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك، فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل. وعندنا لايثبت نسبه وعليه العقر لأنه لايحدّ لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين، وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لايكون إلا بعد قيام الملك فى المحل، بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد، وليس له هنا تملك

قال (ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب) قسمة الغنيمة فى دار الحرب لاتجوز عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف جاز، والتأخير إلى الخروج إلى دار الإسلام أحب إلىّ (وقال الشافعى رضى الله عنه: لابأس بذلك. والأصل أن الملك لايثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت. وينبنى على هذا الأصل عدّة من المسائل ذكرناها فى الكفاية) أى كفاية المنتهى. منها أن الإمام إذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فإنه لايصح عندنا لعدم الملك، وكذا لو أتلف أحدهم شيئا فى دار الحرب لم يضمن، وكذا لو مات أحدهم لايورث سهمه، ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة فى دار الحرب شاركوهم فى الغنيمة. وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر. قوله (والثانى) أى إثبات اليد الناقلة إلى دار الاسلام (منعدم لقدرتهم) أى لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أى وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين فى ديارهم.

الجارية بدون رأى الإمام . نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لأنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية ، والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ . لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة ، أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لاتثبت ولاية الإعتاق . قال : والقليل إذا كانوا مائة أو أقل ، وقيل أربعون ، وفيه أقوال أخرى ، قال فى المبسوط : والأولى أن لايوقت ويجعل موكولا إلى اجتهاد الإمام . ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لاعندنا مبنى على ذلك أيضا. ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل فى دار الحرب لايورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفى الإرث ؛ ألا ترى أنا نقول إنه يورث إذا مات فى دار الإسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لأنه لاملك قبل القسمة ، وهذا لأن الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب ، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ، واستدل على ضعف الحق قبل الإحراز بإباحة تناول الطعام فى دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الإحراز ، بخلاف مابعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم فى بيت المال ، والشافعية إن منعوا الثانى لم يمنعوا الأول . ومنها لو لحق المدد فى دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لاعنده للتأكد وعلمه فإنما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لاحق التملك ، ولهذا لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام لايعتق ، وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذها قبل الإحراز لايملكون شيئا منها بل هم من جملة الغزاة فى القسمة والاستحقاق بسبب الشركة فى الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد . ذكره فى النهاية ، ومعناه : إذا لم يؤخذوا فإن إسلامهم بعد الأخذ لايزيل عنهم الرق فلا يستحقون فى الغنيمة كالمدد . وفى التحفة : لو أتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لايضمن عندنا ، قال : وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقر ، ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ، ولو باع الإمام جاز ، ولو لحقهم المدد لايشاركون ويضمن المتلف ، وهذا المذكور فى التحفة ماش مع مافى المبسوط حيث قال : فأما عندنا فالحق يثبت بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ ، ومادام الحق ضعيفا لاتجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف فى المبيع قبل القبض . ووجه المصنف قول الشافعى بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لأن بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه ، وهذا لأنه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح إلا سبق اليد إليه على وجه القهر والاستيلاء كما فى الصيد والحطب ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأوطاس فى ديارهم . ولنا منع أن السبب تم فإن تمامه بثبوت اليد الناقلة ، أى قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام فى دار الحرب لأن الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد ؛ ألا ترى أن الدار مضافة إليهم فدل أنه مقهور مادام فيها نوعا من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه ، فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لأنها بيع معنى ، فإن البيع مبادلة وفى القسمة ذلك ، فإن كل شريك لما اجتمع نصيبه فى العين كان ذلك عوضا عن نصيبه فى الباقى ، بخلاف ما إذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله إلى عسكر المسلمين وإن كان فى دار الحرب ، وكذا المرأة المراغمة تبين بذلك فإنه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام فى عبيد الطائف « هم عتقاء الله » ولأن ذلك يد على نفسه ويكفى فيه امتناعه ظاهرا فى الحال ، وقال الله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا

ثم قيل : موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لاعن اجتهاد، لأن حكم الملك لايثبت بدونه. وقيل الكراهة ، وهى كراهة تنزيه عند محمد فإنه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة فى دار الحرب . وعند محمد الأفضل أن يقسم فى دار الإسلام . ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح ،

جاءكم المؤمنات مهاجرات ـ إلى قوله ـ فلا ترجعوهن إلى الكفار ـ الآية ، وقسمة النبى صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه إلى الجعرانة ، وكانت أول حدود الإسلام ، لأن مكة فتحت وأرض حنين وبنى المصطلق بعد فتح مكة وإجراء أحكام الإسلام فيها ، وهذا لأن دار الحرب تصير دار إسلام بإجراء الأحكام وبثبوت الأمن للمقيم من المسلمين فيها ، وكونها متاخمة لدار الإسلام على قوله وعلى قولهما بالأول فقط . وأنت إذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لايثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل فى أن القسمة هل توجب الملك فى دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك . وتقريره للشافعى أنه لامانع من صحتها فى دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح ، فإذا اتصل به القسم ملك . ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك إلا عند تمامه وهو فى دار الإسلام . واعلم أن القسمة إنما لاتصح إذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الإحراز ، أما إذا قسم فى دار الحرب مجتهدا فلا شك فى الجواز وثبوت الأحكام ، وأما الحديث الذى ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب فغريب جدا . ثم ذكر المصنف خلافا فى أن الخلاف فى عدم جواز القسمة قبل الإحراز أو فى كراهتها ، فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لاتثبت الأحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره . وقيل الكراهة لابطلان القسمة لأنهم إذا اشتغلوا بها يتكاسلون فى أمر الحرب وربما يتفرقون ، فربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يعدم الجواز . ثم قال المصنف (هى كراهة تنزيه عند محمد) فالأفضل أن لايقسم فى دار الحرب لأنه صلى الله عليه وسلم ماقسم إلا فى دار الإسلام ، والأفعال المتفقة فى الأوقات المختلفة لاتكون إلا لداع هى كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به . قيل : ونقل الخلاف هكذا ، وإن كان فى المبسوط غير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا مايروى عن أبى يوسف . وهذا لأن المسائل الإفرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الإحراز ، مثل ماسيأتى من أن من مات من الغانمين لايورث حقه من الغنيمة وأنه لايباع من ذلك العلف ونحوه شىء ، ومنها عدم جواز التنفيل بعد الإحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الإحراز ، ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان :

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أى أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا ؟ فعنده يثبت . وعندنا لايثبت . وقوله (لأن حكم الملك لايثبت بدونه) أى بدون الملك. معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة. فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك . وعندنا ليست بمترتبة فدل على أن الملك لم يكن ثابتا وهذا لأن الملك علة لترتب الأحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول. وإنما قيد القسمة بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف ، فإنه إذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق. قوله (وقيل الكراهة) أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لاعدم الجواز لما فى القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ماتم به القسمة فلايمنع جوازها (وهى كراهة تنزيه عند محمد) فإنه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة فى دار الحرب . وعند محمد الأفضل

إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ماعرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (وإذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى بعد انقضاء القتال

أى بطلان القسمة قبل الإحراز راجح على دليل جوازها ، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح ، وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة ، وهذا الكلام ينبو عن القواعد، فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح . وإذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذى ترجح عنده وكون له مخالف ولا إجماع لايوجب ، بل لايجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه وإلا فكل خلافية من المسائل كذلك ، وإذا لزم حكم البطلان فما موجب إثبات الكراهة ؟ والتحقيق فى سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لأن دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضة شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة. والكراهة حكم شرعى يحتاج خصوصه إلى دليل ، وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل ، وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة ، أما إذا تحققت لهم فى دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها فى دار الحرب (قوله والردء) أى العون (والمقاتل) أى المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) فى الغنيمة لايتميز واحد منهم على آخر بشىء ، وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق ، وسنبين سببه فيما يأتى إن شاء الله تعالى (قوله وإذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم) أى المدد (فيها) وعن الشافعى فيه قولان ، وما ذكرناه بناء على مامهدناه من أن الملك لايتم للغانمين قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام فجاز أن يشاركهم المدد إذا قام به الدليل ، ولا ينقطع حق المدد إلا بثلاثة أمور: الإحراز بدار الإسلام، والقسمة بدار الحرب ، وبيع الإمام الغنيمة قبل لحاق المدد ، هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه، وما استدل به الشافعى من صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : «بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد،

أن يقسم فى دار الإسلام ، وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبى حنيفة فى القسمة فى دار الحرب وليس بمشهور فإنه لاخلاف بينهم فى ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وفى غير ظاهر الرواية الأفضلية منقوله عن أبى يوسف كما ذكرناه ، وأيضا قوله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة يدل على خلاف مايدل عليه قوله وقيل الكراهة . وفى الجملة هذا الموضع لايخلو عن تسامح ، والمخلص عنه أنهم اختلفوا فى المراد بقوله ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب ، فقال بعض المشايخ : المراد به عدم جواز القسمة حتى لاتثبت الأحكام المترتبة على القسمة . وقال بعضهم : المراد به الكراهة ، وعلى هذا قوله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين . ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرّما والمحرم راجح على المبيح (إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق ، أما عند الشافعى فيجوز مطلقا ، وأما عندنا فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة) لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الحمار . قال (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) الردء هو العون ، والمقاتل هو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم فى السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعى رضى الله عنه (على ماعرف ، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء فى السبب. قوله (وإذا لحقهم المدد) ظاهر .

وهو بناء على مامهدناه من الأصل ، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها ، لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد . قال (ولا حق لأهل سوق العسكر فى الغنيمة إلا أن يقاتلوا) وقال الشافعى فى أحد قوليه : يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام « الغنيمة لمن شهد الوقعة » ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد . ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال ، وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه ،

فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد مافتحها ، إلى أن قال : فلم يقسم لهم » لادليل فيه ، لأن وصول المدد فى دار الإسلام لايوجب شركة ، وخيبر صارت دار إسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة فى دار الإسلام . وأما إسهامه لأبى موسى الأشعرى على ما فى الصحيحين عنه قال : «بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين إليه أنا وأخوان لى أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم فى بضع وخمسين رجلا من قومى ، فركبنا سفينة فألقتنا إلى النجاشى ، فوفينا جعفر بن أبى طالب وأصحابه عنده ، فقال جعفر : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا هاهنا وأمرنا بالإقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فأسهم لنا ، ولم يسهم لأحد غاب عن فتح خيبر إلا أصحاب سفينتنا » فقال ابن حبان فى صحيحه : إنما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن ، ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها . وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فإنه لافرق عندهم فى عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح (قوله ولاحق لأهل سوق العسكر) أى (فى الغنيمة) لاسهم ولا رضخ (إلا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم ، وبه قال مالك وأحمد . وللشافعى فيه قولان : أحدهما كقولنا ، والآخر يسهم لهم ، واستدل الشافعى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (« الغنيمة لمن شهد الوقعة ») والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ، ذكره ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا وكيع ، حدثنا شعبة ، عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند ، فأمدّهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضى الله عنه فظهروا ، فأراد أهل البصرة أن لايقسموا لأهل الكوفة ، فقال رجل من بنى تميم : أيها العبد الأجدع تريد أن تشاركنا فى غنائمنا ؟ وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : خير أذنىّ سببت ، ثم كتب إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب عمر إن الغنيمة لمن شهد الوقعة . ورواه الطبرانى والبيهقى وقال : وهو صحيح من قول عمر . وأخرج ابن عدىّ عن على رضى الله عنه :

وقوله (بناء على مامهدناه من الأصل) يريد مامر أن سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به ، وعندنا أن السبب هو الإحراز ، فإذا شارك المدد الجيش فى الإحراز الذى يتم به السبب شاركوه فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حالة القتال (وإنما تنقطع المشاركة بالإحراز أو بقسمة الإمام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد) (ولاحق لأهل سوق العسكر فى الغنيمة) بإطلاقه يفيد نفى السهم الكامل والرضخ ، وكذا ذكر فى المبسوط ، وعلل بأن قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وإرهاب العدوّ (إلا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعى رحمه الله : يسهم لهم فى قول لقوله صلى الله عليه وسلم « الغنيمة لمن شهد الوقعة » ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله : الغنيمة لمن شهد الوقعة (موقوف على عمر رضى الله عنه) ومثله ليس بحجة عنده لأنه لايرى تقليد الصحابى

أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال (وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف : هكذا ذكر فى المختصر : ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير . والجملة فى هذا ان الإمام إذا وجد فى المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم ، وكذا إذا كان فى بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين ، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لايجبرهم فى رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته فى مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ،

الغنيمة لمن شهد الوقعة ، وهذا قول صحابى وهو لايرى جواز تقليد المجتهد إياه ، وكذا عند الكرخى من مشايخنا ، وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هى القتال ، وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال إنما يعرف بأحد أمرين : بإظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ، ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر ، وهذا هو السبب الظاهر الذى ينبنى عليه الحكم ، وإما بحقيقة قتاله بأن كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقى وسائس الدواب فإن خروجه ظاهرا لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده إذ لادليل على قصد القتال ، فإذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم إليه شيئا آخر كالتجارة فى الحج لاينتقص به ثواب حجه . وعلى كون السبب ماقلنا فرّع ما لو أسر فى دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفى كل مايصيبونه وإن لم يلقوا قتالا بعده ، ولو لحق بعسكر غير الذى خرج معهم وقد أصابوا غنائم لايشاركهم فيها إلا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم ، لأنه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم ، وإنما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لأنه حينئذ تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال ، وكذا من أسلم فى دار الحرب ولحق بالعسكر ، والمرتد إذا تاب ولحق بالعسكر ، والتاجر الذى دخل بأمان إذا لحق بالعسكر إن قاتلوا استحقوا وإلا فلا شىء لهم (قوله وإذا لم يكن للإمام حمولة) بفتح الحاء المهملة مايحمل عليه من بعير وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة فى دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح ، وقيل قسمة إيداع إلى دار الإسلام ويستردها فيقسمها ، ثم على هذا يكون بالأجرة وهل يكرههم على ذلك ؟ فى السير الصغير لايكرههم لأنه انتفاع بمال الغير لايطيب من نفسه ، فهو كمن تلفت دابته فى دار الإسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرها بأجر المثل . وقوله (لأنه ابتداء إجارة) أى من كل وجه احتراز عن مثل ما إذا انقضت مدة إجارة السفينة فى وسط البحر أو البعير فى البرية فإنه تنعقد بينهما إجارة بأجر المثل جبرا . وفى السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ، ولأن منفعته راجعة إليهم والأجرة من الغنيمة . والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لوقسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب فإنها تصح للحاجة ، وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة . وقوله فى المختصر أى القدورى

(أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس لهم شىء (وإن لم يكن للإمام حمولة) بفتح الحاء مايحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة إيداع) وكلامه واضح . وقوله (لأنه ابتداء إجارة) أى من كل وجه ، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة فى حالة البقاء ، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة ، فإن من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك . وقوله (وصار كما إذا نفقت دابته) يعنى فى كونه ابتداء إجارة من كل وجه .

ويجبرهم فى رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة فى دار الحرب) لأنه لاملك قبلها ، وفيه خلاف الشافعى ، وقد بينا الأصل. (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلا حق له فى الغنيمة ، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته) لأن الإرث يجرى فى الملك ، ولا ملك قبل الإحراز ، وإنما الملك بعده . وقال الشافعى : من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه . قال (ولا بأس بأن يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه : أرسل ولم يقيده بالحاجة ، وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها فى أخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا لحاجة كما فى الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر « كلوها واعلفوها ولا تحملوها » ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب ، لأن الغازى لايستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة ، فبقى على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة ، وقد تمس إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده فى المغنم إذا استغنى عنه ، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال (ويستعملوا الحطب) وفى بعض النسخ الطيب ،

(قوله ولا يجوز بيع الغنائم فى دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الأصل فيه) وهذا فى بيع الغزاة ظاهر ، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لأنه مجتهد فيه : يعنى أنه لابد أن يكون الإمام رأى المصلحة فى ذلك ، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الإسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه. (قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) عاف الدابة علفا من باب ضرب ضربا فهى معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه . وحاصل ماهنا أن

وقوله (ويجبرهم فى رواية السير الكبير) ظاهر ، ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس ، لأن فى هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك ، وحق أصحاب الحمولة لايمنع صحة الاستئجار لأن شركة الملك هى التى لاتمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما فى مال بيت المال . وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح مما تقدم . قوله (ولاملك قبل الإحراز) فيه نظر لأنه يناقض قوله فيما تقدم لأن بكل منها يتم الملك . والجواب أنه ترك ذكر القسمة فى دار الحرب وبيع الغنائم فيها هاهنا اعتمادا على ذكره هناك أو لأن ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للأمور الأصلية . وقوله (وقد بيناه) أى فى مسئلة قسمة الغنيمة فى دار الحرب . قوله (ولا بأس بأن يعاف العسكر) أى دوابهم العلف (فى دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة يعنى القدورى فى مختصره. (وقد شرطها) يعنى محمدا (فى رواية) هى رواية السير الصغير (ولم يشترطها فى أخرى) وهى رواية السير الكبير ، ووجه كل منهما ماذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وعلف ظهره) أى دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أى حقيقة الحاجة فى السلاح . وقوله (والدابة مثل السلاح) يعنى فى اعتبار حقيقة الحاجة لكن إذا اعتبر حاجة الركوب ، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهى كالطعام (ويستعملوا الحطب ، وفى بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لأن القدورى نفسه قال فى شرح مختصر الكرخى بعدم

(قال المصنف : ولا بأس بأن يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا الخ) أقول : أى لابأس بأن يعلف العسكر دوابهم العلف ، فالمفعول بها محذوفان ، علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب إذا أطعمها العلف (قال المصنف : ويستعملوا الحطب الخ) أقول : معطوف على قوله بأن يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول : القائل هو الإتقانى .

(ويدّهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة إلى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتموّلونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ماقدمناه ، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام. وقوله ولا يتموّلونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن باعه أحدهم ردّ الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة . وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الإمام بينهم فى دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدوابّ والمتاع ، لأن المحرّم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ، ولم يذكر القسمة فى السلاح ، ولا فرق فى الحقيقة لأنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فى الفصلين ، وإن احتاج الكل يقسم فى الفصلين ، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبى حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج .

الموجود إما مايؤكل أولا ، وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أو لا ، فالثانى ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه . أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب ، بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثرا للملك فضلا عن الاستحقاق ، بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب ، وكذا الثوب إذا ضرّه البرد فيستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ، ولو تلف قبل الرد لاضمان عليه ، ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكر المصنف لأن الحاجة فى السلاح والثياب واحد ، بخلاف السبى لايقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة ، فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان ، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل : يعنى بالأجر فيه روايتان تقدّمتا . وأما مايتداوى به فليس لأحد تناوله ، وكذا الطيب والأدهان التى لاتؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس فى محل الحاجة بل الفضول . وقال عليه الصلاة والسلام « ردوا الخيط والمخيط » ولاشك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب ، فالمعتبر حقيقة

جواز الانتفاع بالطيب ، أما الحطب فلتعذر النقل من دار الإسلام جاز استعماله كما فى العلف ، وأما الادّهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت ، لأنه لما كان مأكولا كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله ، وإذا لم يكن مأكولا لاينتفع به بل يردّه إلى الغنيمة . قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفى من كثرة المشى ، ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح ، قال : هكذا قرأنا على المشايخ . قال صاحب المغرب : والراء خطأ لأن الأول هاهنا أولى وأليق . قلت : هذا التعليل إن كان منقولا عنه فهو مناقض لأن ترك الأولى لايسمى خطأ. وقوله (وتأويله الخ) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل ، لأنه إذا احتاج الغازى إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لايجوز . وقوله (وقد بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه يستصحبه الخ . وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أى لايجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أى يبيعونه بالعروض . وقوله (على ماقدمناه) يعنى أنه لاملك قبل الإحراز ، وكلامه واضح . وقوله (يباح له الانتفاع فى الفصلين) أى فى فصل السلاح وفصل الثياب والدواب .

(قوله وإذا لم يكن مأكولا الخ) أقول : كدهن البنفسج والخيرى (قوله ولا يتمولونه : أى يبيعونه بالعروض) أقول : قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله أن يبيعوا فتأمل .

قال (ومن أسلم منهم) معناه فى دار الحرب

الحاجة . وأما مايؤكل لا للتداوى سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل، والادّهان بتلك الأدهان لأن الادّهان انتفاع فى البدن كالأكل ويوقحوا الدوابّ بها ، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفى من كثرة المشى . والراء أى الترقيح خطأ ، كذا فى المغرب لكن الأصح جوازه . ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال : هكذا قرأنا على المشايخ . وفى الجمهرة : رقح عيشه ترقيحا إذا أصلحه ، وأنشد :

يترّك ما رقح من عيشه يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لانظام لهم ، فالترقيح أعم من التوقيح ، وكذا كل مايكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردّون الجلد إلى الغنيمة . ثم شرط فى السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ، ولم يشترطها فى السير الكبير وهو الاستحسان ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، فيجوز لكل من الفقير والغنىّ تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر لايحل لهم ، ولو فعلوا لاضمان عليهم ويأخذ مايكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه . وينبغى أن يأخذ مايكفى الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازى أن يأخذ لأجله ، ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه فى دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار الحكم عليه ، بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة ، والحديث الذى ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر « كلوها واعلفوها ولا تحملوها » رواه البيهقى . أنبأنا علىّ بن محمد ابن بشران ، أخبرنا أبوجعفر الرازى ، حدثنا أحمد بن حنبل ، حدثنا الواقدى عن عبد الرحمن بن الفضيل عن العباس ابن عبد الرحمن الأشجعى عن أبى سفيان عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا » وأخرجه الواقدى فى مغازيه بغير هذا السند ، وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير . وأخرج أبوداود عن عبد الله بن أبى أوفى : «أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجىء فيأخذ منه مقدار مايكفيه ثم ينصرف» . وأخرج البيهقى عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضى الله عنه : إنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشىء من ذلك إلا بأمرك ، فكتب إليه : دع الناس يأكلون ويعلفون ، فمن باع شيئا بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين . وهذا دليل ماذكر فى الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتموّلونه ، فإن باعوا ردوا الثمن إلى الغنيمة لأنه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل : إحداها أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر على الدار . والحكم فيها ماذكر فى الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وماكان فى يده من المنقولات إلى آخر ماسنذكر . ثانيها أسلم فى دار الحرب ثم خرج إلينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فىء إلا أولاده الصغار ، لأنه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء ، بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم ، وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيئا لأن يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع إحراز المسلم فترد عليه ، وما أودع حربيا ففى ظاهر الرواية فىء . وعن أبى حنيفة أنه له لأن يده تخالف يده . وجه الظاهر أنها

قال (ومن أسلم منهم) إنما احتاج المصنف إلى قوله معناه فى دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فأسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فإن أولاده وأمواله كلها فىء ، والفىء مانيل من الكفار بعد ماتضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام :

(أحرز بإسلامه نفسه)لأن الإسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لأنهم مسلمون بإسلامه تبعا (وكل مال هو فى يده) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » ولأنه سبقت يده الحقيقة إليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة فى يد مسلم أو ذمى)

ليست يدا صحيحة حتى لاتدفع اغتنام المسلمين عن أمواله . وثالثها مستأمن أسلم فى دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ماخلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فئ لأن تباين الدارين قاطع للعصمة ، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم ، أما فى غير الأولاد فظاهر ، وأما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال . رابعها دخل المسلم أو الذمى دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له إلا الدور والأرضين فإنها فئ لأن يده صحيحة لأنه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لإحراز المسلمين إياها ، فأما الأرضون فالوجه فيها ماسنذكر ، ومن قاتل من عبيده فئ وامرأته الحبلى الحربية وما فى بطنها فئ ووديعته ولو عند حربى له لأنه مادام فى دار الحرب فيده عليها . ولنأت إلى مسألة الكتاب قال: ومن أسلم منهم الخ ، قال المصنف : معناه فى دار الحرب قيد به احترازا عما او أسلم مستأمن فى دار الإسلام ثم ظهر على الدار فإن جميع ماخلفه فيها حتى صغاره فئ على ماذكرناه ، وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج إلينا أو لم يخرج إلينا ، والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذى خرج فظهر على الدار وهو عندنا لايحرز غير بنيه ، فلا بد من تقييده بكل من كونه فى دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون تبعا وكل مال) بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقاتلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » . قال محمد : حدثنا الثقة : حدثنا ابن أبى لهيعة قال : حدثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أسلم على شىء فهو له » وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور : حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث ، وهذا مرسل صحيح . وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبى حازم عن عثمان بن أبى حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة « أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا ، فساقه إلى أن قال فدعاه : أى دعا النبى صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له : إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ، ثم ساقه إلى أن قال : وسأل نبى الله صلى الله عليه وسلم ماء لبنى سليم فأنزله إياه وأسلم ، يعنى السليميين ، وساقه إلى أن قال : فقالوا يارسول الله أسلمنا وأتينا صخرا ليدفع إلينا ماءنا فأبى ، فدعاه فقال : ياصخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع إلى القوم ماءهم » وأبان هذا مختلف فى توثيقه وتضعيفه ، وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت ، ويقال ابن أبى العيلة (ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو وديعة) أودعها (فى يد مسلم أو ذمى

قوله (لأن الإسلام ينافى ابتداء الاسترقاق) لأنه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل، فإنه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبيده، ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلايوجد المشروط ، واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء ، فإن الإسلام لاينافيه كما تقدم . قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز .

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال » الحديث) أقول : أى مع مال (قوله فإن الإسلام لاينافيه كما تقدم) أقول : أى فى هذا الباب . (قال المصنف : أو وديعة) أقول : عطف على قوله فى يده .

لأنه فى يد صحيحة محترمة ويده كيده (فإن ظهرنا على دار الحراب فعقاره فئ) وقال الشافعى : هو له لأنه فى يده فصار كالمنقول . ولنا أن العقار فى يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده حقيقة ، وقيل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر . وفى قول محمد وهو قول أبى يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لاتثبت على العقار عندهما ، وعند محمد تثبت (وزوجته فئ) لأنها كافرة حربية لاتتبعه فى الإسلام (وكذا حملها فئ) خلافا للشافعى . هو يقول إنه مسلم تبعا كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها

لأنه فى يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (ويده) أى يد المودع (كيده ، فإن ظهرنا على الدار فعقاره فئ) وماله من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للأرض (وقال الشافعى : هو له لأنه فى يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافا فى شروح الجامع الصغير . ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر ، وفى قول محمد وهو قول أبى يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لاتثبت حقيقة على العقار عندهما ، وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال : فأما عقاره لايصير غنيمة فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أستحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم له كالمنقول اهـ . وحكى غيره أن عندهما لايصير فيئا وعند أبى حنيفة هو فئ ، ووجهه ماذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار فى يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده حقيقة) بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعا سالبة لما فى أيديهم ، وظاهر ماذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فئ فإنه قال لصخر حين منعهم ماءهم : إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا . والمراد من الماء الأرض التى فيها الماء لانفس الماء بخصوصه ؛ ألا ترى إلى قوله أنزلنى فأنزله إياه ، والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » بناء على تسميتها مالا فى ذلك الحديث ، لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الأرض لأجله . قال (وزوجته فئ لأنها كافرة حربية لاتتبعه فى الإسلام ، وكذا حملها فئ) وإن حكم بإسلامه تبعا لخير الأبوين دينا (خلافا للشافعى . هو يقول إنه مسلم كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها

وقوله (فى يد صحيحة) احتراز عن يد الغاصب . وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحربى . قوله (وقيل هذا) أى كون عقاره (فيئا) قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر (قال شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط والجامع الصغير ، فما كان فى يده من المال فهو له إلا العقار فإنه فىء فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أستحسن فى العقار أن أجعله له لأنه ملك محترم له كالمنقول ، وهذا كما ترى مخالف لما فى الكتاب باعتبار قول محمد ، إلا إن كان عنه أيضا روايتان فقد هان الخطب إذ ذاك . قوله (عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن اليد على البقاع إنما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلامعتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم ، وعند محمد تثبت (وزوجته فىء) لأنها كافرة لاتتبعه فى الإسلام لأن المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولاتصير مسلمة تبعا لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد (وكذا حملها فىء خلافا للشافعى رضى الله عنه) فى الحمل (هو يقول إنه) أى الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لايسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهى قد صارت فيئا بجميع أجزائها ؛ ألا ترى أنه لايجوز أن يستثنى الجنين

(قال المصنف : ولنا أن العقار ، إلى قوله : وسلطانها) أقول : قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما فى الكتاب باعتبار قول محمد) أقول : فيه شىء .

فيرقّ برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لأنه حرّ لانعدام الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار فئ) لأنهم كفار حربيون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده فئ) لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لأهل دارهم (وماكان من ماله فى يد حربى فهو فئ) غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا فى يد مسلم أو ذمى فهو فئ عند أبى حنيفة . وقال محمد : لايكون فيئا) قال العبد الضعيف رحمه الله :

فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره) كما لو تزوّج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فئ لأنهم كفار حربيون) لايتبعونه فى الإسلام ، ولا خلاف فى هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (فئ) خلافا للأئمة الثلاثة ، والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله . ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرّد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لأهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ماكان من ماله فى يد حربى غصبا فهو فئ) لارتفاع يده بالغصب ، واليد التى خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ، ولأن الحربى الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، قاله الفقيه أبو الليث . وكذا إذا كان وديعة عند حربى عنده خلافا للأئمة الثلاثة فى الفصلين لإطلاق الحديث ؛ ولأبى يوسف ومحمد فى فصل الوديعة لأن يد المودع كيده ، ولو كانت فى يده حقيقة لاتكون فيئا فكذا إذا كانت فى يده حكما ، بخلاف الغصب لأنه ليس فى يده حقيقة ولا حكما . ولأبى حنيفة أن يد الحربى ليست محترمة ؛ ألا ترى أنها لاتدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم : وأورد أن يد المودع الحربى لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لابوصف نفسها ، كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما لعصمة صاحبه . أجيب بجوابين : أحدهما أن المال

فى إعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها ؛ فكما أن الحمل لايصير عبدا عند إعتاق الأم مستثنى بحال ، فكذا فى الاسترقاق لايصير الجنين مستثنى بعد ماثبت الرق فى الأم . وقوله (والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله إنه مسلم تبعا. وتقريره سلمنا أنه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره ، كما إذا تزوّج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الأم وإن كان مسلما بإسلام أبيه . وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر ، وكذلك قوله (وأولاده الكبار فئ ، ومن قاتل من عبيده فئ لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لأهل الدار) وأهل الدار فىء ، ومن لم يقاتل فليس بفىء لأنهم أتباعه . وقوله (وماكان من ماله فى يد حربى فهو فىء غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بأن ماقام مقام غيره إنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء فى التيمم ، ولما كان الحربى مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا إلى نفسه لاغير محترم نظرا إلى الحربى . وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقى وقيام يد المالك عليها حكمى ، واعتبار الحكمى إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقى يمنعها ، والعصمة لم تكن ثابتة لأن المال فى أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية أن لوثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكما مع الاحترام ، لأنه بدون الاحترام يعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا تثبت بالشك . وقوله (وماكان غصبا فى يد مسلم) اختلف نسخ الهداية فى هذا الموضع فبعضها وقع هكذا (وما كان غصبا فى يد مسلم أوذمى فهو فىء عند أبى حنيفة ، وقالا لايكون فيئا ، قال رضى الله عنه :

(قوله وأجيب بأن قيام يد المودع الخ) أقول : خلاصة الجواب أن العمل بوصف الأصل إنما يكون إذا لم يكن له معارض ، وهاهنا وجد المعارض وهو الإباحة الأصلية (قوله مع الاحترام) أقول : أى احترام اليد الحقيقى .

كذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير . وذكروا فى شروح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع محمد . لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها . وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ، ألا ترى أنها ليست بمتقوّمة

فى الأصل غير معصوم بل على الإباحة ، وإنما ينعصم تبعا لعصمة مالكه ، وتبعيته له فى العصمة إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا ، وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة ، وغير المحترمة إنما هى يد الحربى الحقيقية . الثانى أن قيام يد المودع حقيقى وهو الحربى وقيام يد المودع المسلم حكمى ، فاعتبار الحكمى إن أوجب العصمة فالحقيقى يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك . ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه حال كونه فى يد الحربى ، والنص يوجب فى ملكه العصمة بالإسلام . وأما ماكان غصبا فى يد مسلم أو ذمى فقال المصنف هو قول أبى حنيفة خلافا لهما . أو قال (هكذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير . وذكروا فى شروح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع أبى حنيفة) وفى بعض النسخ : وقالا لايكون فيئا إلى أن قال : وذكر فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع محمد ، فلا شك أن هذا تكرار لامعنى له . ثم قال فى النهاية : إنه تتبع النسخ ، والصحيح منها أن يقال : وماكان غصبا فى يد مسلم أو ذمى فهو فىء عند أبى حنيفة . وقال محمد : لايكون فيئا لأن رواية السير الكبير على ماذكر الإمام شمس الأئمة هكذا ، وكذا فى المحيط ، ولم يذكر فيها قول أبى يوسف مع محمد ، وذكر فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع محمد ، لأن فخر الإسلام قال فى الجامع : ولوكان وديعة عند حربى أو غصبا عند مسلم أو ذمى أو ضائعا فهو فىء ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقال : أبويوسف ومحمد : لايكون فيئا ، وكذا ذكر فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله . وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام)

كذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير . وذكر فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لأنه ليس بمذكور فى السير الكبير بلفظ قالا ، بل ليس لأبى يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا ، وذكر قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة رضى الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لأن المذكور فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فىء عند أبى حنيفة ، وقال محمد : لايكون فيئا . قال رضى الله عنه : كذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير ، وذكروا فى شروح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع قول محمد ، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها . ولأبى حنيفة أنه) أى المال الذى غصبه المسلم أو الذمى من الحربى الذى أسلم (مال مباح) لأنه ليس بمعصوم لعدم الإحراز حقيقة وحكما ؛ أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنه ليس فى يد نائبة لكونه فى يد الغاصب وهو ليس بنائب ، بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف . وقوله (والنفس لم تصر معصومة بإسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة بإسلامه . وتقريره : لانسلم أنها صارت معصومة بإسلامه . (ألا ترى أنها ليست بمتقوّمة) حتى لايجب القصاص والدية على قاتله فى دار الحرب . فإن قيل : لو لم تكن معصومة لما كانت محرّم التعرض كالحربى وليس كذلك .

(قوله لعدم الإحراز) أقول : أى لعدم إحراز الحربى الذى أسلم . (قوله وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة إلخ) أقول : الظاهر أن مرادها معصومة النفس عن إثبات اليد ، وظاهر أنه لامجال لمنعه .

إلا أنه محرّم التعرض فى الأصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالإسلام ، بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست فى يده حكما فلم تثبت العصمة (وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام (ومن فضل معه علف أو طعام ردّه إلى الغنيمة) معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعى مثل قولنا . وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص . ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده ، وبعد القسمة تصدّقوا به إن كانوا أغنياء ، وانتفعوا به إن كانوا محاويج

بل معه بسبب اندفاع شرّه به فإنما هو محرم التعرض فى الأصل لكونه مكلفا حمل الأمانة (وإباحة التعرض) كان (بعارض شرّه) فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل (بخلاف المال فإنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فى الأصل (وليست فى يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس فى يد أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف مالو كان فى يد المسلم أو الذمى وديعة فإنه فى يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيئا وما تقدم من أن الملك يتم فى دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضى أن يزول ملكه إلى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا ، اللهم إلا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست فى يده حكما) أنث على تأويل الأموال

[فروع] أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لأنه مال أسلموا عليه ، ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا فلزمه قيمته بطلت الجناية ، ولزم الدين لأن حق ولىّ الجناية فى رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ؛ ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولىّ الجناية . فأما الدين فى ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك، وهذا لأن الدين شاغل لماليته ، فإنما ملكه مشغولا به . فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون فى غنيمة : أى ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه ، وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه ، ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت ، والإباحة) التى كانت فى دار الحرب إنما كانت (باعتبارها ، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ، ولا كذلك قبل الإخراج ، ومن فضل معه طعام أو علف يردّه إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسم) الغنيمة فى دار الحرب بشرطه ، ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعى فى قول (وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو

أجاب بقوله (إلا أنها محرم التعرض فى الأصل) يعنى أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة ، وإنما هى باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض فى الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به (وإباحة التعرض) إنما هى (بعارض شره . وقد اندفع بالإسلام) فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فكان المقتضى موجودا والمانع منتفيا لأن المانع كونه فى يده حقيقة أو حكما مع الاحترام ، وهذا ليس فى يده حكما لأن يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس فى يد أحد فكان فيئا . قوله (وإذا خرج المسلمون) ظاهر . وقوله (معناه إذا لم تقسم) يعنى الغنيمة . وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فإنه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا فهو لهم ، ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة ، إذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا بإذن الإمام فهو مباح سبقت أيديهم إليه . قوله (وبعد القسمة تصدّقوا به) أى إذا جاءوا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام

لأنه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لاشىء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه .

(فصل فى كيفية القسمة)

قال (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى ـ فأن لله خمسه ـ استثنى الخمس (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) لأنه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين

الاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئا فأخرجه يختص به . قلنا : مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه دائما أحق به قبل الإخراج وبعده ، وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه إن كان قائما وبقيمته إن كانوا باعوه . هذا إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محاويج فقراء انتفعوا به إن كان قائما (لأنه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم ، وإن كانوا تصرفوا فيه فلا شىء عليهم ، وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدق بها الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الأصل) وأخذها حكمه .

(فصل فى كيفية القسمة)

قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ، ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها ، وإنما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام . والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) أى عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) هذا قول القدورى . وقال المصنف (لقوله تعالى ـ فإن لله خمسه ـ استثنى الخمس) أى الله تعالى أخرج الخمس

الغنيمة فى دار الإسلام تصدقوا به . ويقال رجل محوج : أى محتاج ، وقوم محاويج . وقوله لتعذر الرد على الغانمين : يعنى لتفرقهم . وقوله (فأخذ حكمه) أى أخذت الغنيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل مايقوم أو على تأويل المذكور : يعنى لو كان فاضل الغنيمة الذى كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لأن الغنيمة تقوم مقام الأصل .

(فصل فى كيفية القسمة)

لما بين أحكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها ، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع فى مكان معين (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ـ فإن لله خمسه ـ استثنى الخمس) أى أخرجه ، استعار الاستثناء للإخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فلأن الله تعالى قال ـ واعلموا أنما غنمتم من شىء ـ أضاف الغنيمة إلى الغانمين وهم الغزاة ، ثم قال تعالى ـ فأن لله خمسه ـ فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة ، وقد عرف ذلك فى أصول الفقه . وأما السنة فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع فيقسم بينهم أيضا إيصالا للحق إلى مستحقه .

(فصل فى كيفية القسمة)

(قوله ثم قال ـ فأن لله خمسه ـ فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة) أقول : كقوله تعالى ـ وورثه أبواه فلأمه الثلث ـ (قوله ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع) أقول : فى العبارة مسامحة ، وكان الظاهر أن يقول : وأما الإجماع فلأن الخ .

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا : للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه ، لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما » ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لأنه للكرّ والفرّ والثبات والراجل للثبات لاغير . ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ماروى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما » فتعارض فعلاه ، فيرجع إلى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام « للفارس سهمان وللراجل سهم » كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين »

من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للإخراج ، وهو من استثنيت الشيء : أى زويته لنفسى ، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس داخل فى قسمته ، إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتى ، ويعطى الأربعة الأخماس للغانمين (فعند أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ماروى عن ابن عمر « أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما » لفظ البخارى وأخرجه الستة إلا النسائى . وفى مسلم عنه « قسم فى النفل للفرس سهمين وللراجل سهما » وفى رواية بإسقاط لفظ النفل . وفى رواية « أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه » وهذه الألفاظ كلها تبطل قول من أوّل من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان ، بل فى بعض الألفاظ القائلة « قسم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وكانت الرجالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين » وعن ابن عباس مثله (ولأن الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الإجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكرّ) أى الحملة على الأعداء (والفرّ) الكائن للكرّة أو للنجاة فى موضع يجوز الفرار ، وهو ما إذا علم أنه مقتول إن لم يفرّ كى لا يرتكب المنهى عنه فى قوله تعالى ـ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ـ (والثبات وليس للراجل إلا الثبات) فأغنى فى ثلاثة أمو ر والراجل فى واحد منها . واستدل المصنف لأبي حنيفة بحديث ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما » وهو غريب من حديث ابن عباس ، بل الذى رواه إسحاق بن راهويه فى مسنده قال : حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان ، حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال : « أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما » . وأخرجه أيضا من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس ، وعن ابن عباس نحوه فى حديث الخمس

ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهما (عند أبي حنيفة رضى الله عنه . وقالا : وهو قول الشافعي رضى الله عنه للفارس : ثلاثة أسهم) ورووا فى ذلك ماذكر فى الكتاب والغناء بالمد والفتح الإجزاء والكفاية والكرّ الحملة والفرّ بمعنى الفرار ، والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد ، والفرار فى موضعه محمود لئلا يرتكب المنهى المذكور فى قوله تعالى ـ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ـ (ولأبي حنيفة رضى الله عنه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ظاهر ، ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول ، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار إلى مابعده لا إلى ماقبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود فى مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لايعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق.

(قوله والمسلك المعهود) أقول : الواو حالية .

وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ،

برواية غير واحد من الأئمة ، لكن في هذا الباب أحاديث : منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع ابن يزيد الأنصاري قال : قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن عمه مجمع بن جارية الأنصاري ، وكان أحد القراء الذين قرءوا القرآن ، قال : « شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما انصرفنا عنها إذ الناس يهزون الأباعر ، فقال بعض الناس لبعض : ما للناس ؟ قالوا : أوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرجنا مع الناس نوجف ، فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم ، فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم ـ إنا فتحنا لك فتحا مبينا ـ فقال رجل : يارسول الله أفتح هو ؟ قال نعم ، والذي نفس محمد بيده إنه لفتح ، فقسمت خيبر على أهل الحديبية ، فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما ، وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس ، فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما » قال أبو داود : وهذا وهم « وإنما كانوا مائتى فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهما » وقال الشافعي : إنما قال : « فأعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل » : يعني صاحبه ، فغلط الراوي عنه . وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب . وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة . ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو « أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة ، فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم » . وفي سنده الواقدي . وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال : قال الزبير بن العوام : « شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم » وأخرج ابن مردويه في تفسيره : حدثنا أحمد بن محمد بن السري ، حدثنا المنذر بن محمد ، حدثني أبي ، حدثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن إسحاق قال : حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت : « أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق ، فأخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين ، فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما » . ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف . رواه ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا أبو أسامة وابن نمير قالا : حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما » اهـ . ومن طريقه رواه الدارقطني وقال : قال أبو بكر النيسابوري : هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة ، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا ، وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا : يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ، ثم أخرجه عن نعيم بن حماد : حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما » ولاشك أن نعيما ثقة وابن المبارك من أثبت الناس . وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الأعلى : حدثنا ابن وهب أخبرني عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما » قال : وتابعه ابن أبي مريم وخالد ابن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري . ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ، ثم أخرجه عن حجاج بن منهال : حدثنا حماد بن سلمة ، حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما » وخالفه النضر بن محمد عن حماد . وممن روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخي ، لكن رواية السهمين عنه أثبت . وروى الدارقطني أيضا في كتابه [المؤتلف والمختلف] حدثنا عبد الله ابن محمد بن إسحاق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روية قالا : حدثنا أحمد بن عبد الجبار ، حدثنا يونس بن بكير

وقوله (وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أي سلمت عن المعارضة فيعمل بها : يعني رواية ابن عباس .

ولأن الكرّ والفرّ من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه .

عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما » . وإذا ثبت التعارض فى حديث ابن عمر بل فى فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا إلى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب ، وبالمعنى وهو (أن الكرّ والفرّ جنس واحد) والثبات جنس فهما اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ، ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة فى الغناء ضرورة وإن تعذر معرفة الزيادة فى القتال حقيقة ، لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ، ولا يستنكر زيادة إغناء راجل عن فارس ، فإنما (يدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان) فى الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف . وقول المصنف : (وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) . يريد ابن عباس وعلمت ما فيه . فإن قيل : المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة ، وحديث ابن عمر فى البخارى فهو أصح . قلنا : قدمنا غير مرة أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض لأنا نقول به ، مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما ، وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان إعمالهما أولى من إهمال أحدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه . وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع إلى قوله : يعنى قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ، وخطئ من عزاه لابن أبى شيبة ، ثم هو وزان ما تقدم له فى سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقى التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أولا إلى الفعل ، فإذا تعذر التمسك به فحينئذ يصار إلى القول وليس كذلك : هذا ، واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر ، فإنه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبى عمرة عن

وقوله (فيكون غناؤه مثلي غناء الرجل) لأن نفس الفرار ليس بمحمود ، بل الفرار إنما يحسن إذا فعل لأجل الكرّ ، فيكونان من جنس واحد (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعنى قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر فى الغناء ، والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه ، وإذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سببان نفسه والفرس ، وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه)

(قال المصنف : فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل الخ) أقول : قال الزيلعى : مع أنا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة ؛ ألا يرى أن الشاكى بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ، ولأن الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الأصل ، وما رووه محمول على التنفيل كما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع رضى الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل » وهو كان راجلا أجيرا لطلحة ، والأجير لا يستحق سهما من الغنيمة ، وإنما أعطاه رضخا لجده فى القتال . وقال : «خير رجالتنا سلمة بن الأكوع ، وخير فرساننا أبو قتادة» اهـ . فيه بحث إن شئت فانظر إلى شرح الإتقانى حيث قال : فإن قلت : السوق من أهل سوق العسكر ، والأجير لخدمة الغازى لا سهم لهما إذا لم يقاتلا كالعبد ، ثم إذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لسائر الغزاة ، والعبد إذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ له فما الفرق ؟ قلت : إن العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حين القتال لأنه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع المدوعن المستأجر اهـ . قال الزيلعى : الأجير لا يسهم له لأنه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب فى الغنيمة اهـ (قوله لأن نفس الفرار الخ) أقول : كأن فيه إشارة إلى جواب قوله والفرار فى موضعه محمود الخ ، فإنه ممنوع ، ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهى ، وكيف وقد وقع من الصحابة رضى الله عنهم .

(ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين ، لما روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين» ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر. ولهما «أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد» ولأن القتال لايتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس ،

أبيه والطبرانى من حديث أبى رهم وهو مختلف فى صحبته ، وأخرجه أيضا من حديث أبى كبشة الأنمارى والبزار من حديث المقداد ، وأخرجه إسحاق بن راهويه من حديث ابن عباس ، وكذا الطبرانى وأبو عبيد القاسم بن سلام ، وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطنى عن عبد الله بن الزبير عن الزبير ، وأخرجه الدارقطنى أيضا من حديث جابر ، وأخرجه أيضا من حديث أبى هريرة ، وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبى حثمة . وهى مع أنها لم تسلم من المقال منها مالا ينافى قول أبى حنيفة لأنك قدعلمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل فى تلك الوقعة . ونص حديث ابن أبى عمرة : «أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس» لاينافيه ، وكذا حديث أحمد «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين» وكذا حديث جابر فإنه قال : «شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما» بل هذا ظاهر فى أنه ليس أمره المستمر وإلا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه ، فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبى صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا فى أن غيرها لم يكن كذلك . نعم فى رواية الدارقطنى لحديث الزبير «أعطانى يوم بدر» وفى رواية له أخرى عنه «يوم خيبر» ولاتنافى ، إذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما . ومافى حديث سهل بن أبى حثمة «أنه شهد حنينا فأسهم لفرسه سهمين وله سهما» . وفى حديث عبد الله بن أبى بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن إسحاق فى غزوة بنى قريظة «أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم ، له سهم ولفرسه سهمان» لايقتضى أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام . وقد بقى حديث بنى المصطلق عن عائشة ، وتقدم ما يعارض حديث بنى قريظة هذا . وأما حديث أبى كبشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إنى جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما» فمن نقصهما نقصه الله تعالى ، فلم يصح لأنه رواية محمد بن عمران القيسى أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه (قوله ولا يسهم إلا لفرس واحد) أى إذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر ، وهذا قول مالك والشافعى (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم ، سهم له وأربعة أسهم لفرسيه . ولم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية عن أبى يوسف ، وإنما هو فى رواية الإملاء عنه . واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من حديث أبى عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال : «أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسى أربعة أسهم ولى سهما فأخذت خمسة أسهم» رواه الدارقطنى . ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق : أخبرنا إبراهيم بن يحيى الأسلمى ، أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول «أن الزبير حضر خيبر بفرسين ، فأعطاه النبى

(قوله ولا يسهم إلا لفرس واحد) واضح . وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتى فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع إلى مابعدهما وهو القياس بقوله (ولأن القتال لايتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا إلى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم الواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس .

(قال المصنف : فلا يكون السبب الظاهر) أقول : أى لاستحقاق الغنيمة .

وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل

صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم ، وهذا منقطع ، وقد قبله الأوزاعى عن مكحول منقطعا وقال به . وقال الشافعى فى دفعه : وهشام أثبت فى حديث أبيه ، إلى أن قال : وأهل المغازى لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ، ولم يختلفوا أنه يعنى النبى عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرتجز ، ولم يأخذ إلا لفرس واحد انتهى . يريد بحديث هشام ماتقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضى الله عنهم قال : « أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسى وسهما لى وسهما لأمى من ذوى القربى » . ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال : « ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم : سهم له وسهم لأمه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه » وهذا أحسن إلا أن قوله أهل المغازى لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك . قال الواقدى فى المغازى : حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال : « كان مع الزبير يوم خيبر فرسان ، فأسهم له النبى صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم » وقال أيضا : حدثنى يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب « أن النبى صلى الله عليه وسلم قاد فى خيبر ثلاثة أفراس لزاز والضرب والسكب » وقاد الزبير بن العوام أفراسا ، وقاد خراش بن الصمة فرسين ، وقاد البراء بن أوس فرسين ، وقاد أبو عمرة الأنصارى فرسين ، فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهما له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ، ويقال إنه لم يسهم إلا لفرس واحد ، وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه إلا لفرس واحد . إلى هنا كلام الواقدى مع اختصاره . وقال سعيد بن منصور : حدثنا فرج بن فضالة ، حدثنا محمد بن الوليد الزبيرى عن الزهرى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أبى عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم ، وماكان فوق الفرسين فهو جنائب . وقال سعيد أيضا : حدثنا ابن عياش عن الأوزاعى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين » . وأما ماذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد فغريب ، بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدى رحمه الله ، وذكره ابن منده فى كتاب الصحابة قال : روى محمد بن على بن قرين عن محمد بن عمر المدنى عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبى صعصعة عن البراء بن أوس « أنه قاد مع النبى صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم » إلا أن هذه غرائب . وقال مالك فى الموطإ : لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل . قال (كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل) حديثه فى مسلم قال : قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله ، إلى أن قال : فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام : « خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع ، ثم أعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل ، فجمعهما لى جميعا » . ورواه ابن حبان قال : وكان سلمة بن الأكوع فى تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين . ورواه القاسم بن سلام وقال : كان سلمة قد استنقذ لقاح النبى صلى الله عليه وسلم ، قال ابن مهدى : فحدثت به سفيان فقال : خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم . قال القاسم : وهذا

وقوله (ومارواه محمول على التنفيل الخ) استظهار فى تقوية الدليل لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لايحتاج إلى

(والبراذين والعتاق سواء) لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل فى الكتاب ، قال الله تعالى ـ ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ الله وعدوّكم ـ واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف إطلاقا واحدا ، ولأن العربى إن كان فى الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ، ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا (ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ، ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعى على عكسه فى الفصلين ،

عندى أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه وإلا لم يسمّ نفلا بل هبة . وخبر سلمة واللقاح مفصل فى السيرة (قوله والبراذين) وهى خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق : أى كريم رائع وهى كرام الخيل العربية ، والبراذين والخيل العربية هما (سواء) فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر ، وكذا لايفضل العتيق على الهجين وهو مايكون أبوه من البراذين وأمه عربية ، ولاعلى المقرف وهو مايكون أبوه عربيا وأمه برذونة . قيل إنما ذكر هذا لأن من أهل الشام من يقول لايسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا . وحجتنا فيه ماذكر فى الكتاب من أن إطلاق الخيل يشملهما ، وكذا الإرهاب ، ولأن فى كل خصوصية ليست فى الآخر . فالعتيق إن فضل بجودة الكرّ والفرّ فالبرذون يفضل بزيادة قوّته على الحمل والصبر ولين العطف ، وكونه ألين عطفا من العربى غير صحيح لأن هذا دائر مع التعليم ، والعربى أقبل للأدب من العجمى من الخيل ، وكون أحد يقول لايسهم بالكلية للفرس العجمى بعيد . ويمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف . وفى سيرة ابن هشام : حدثنى أبو عبيدة قال : كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى سلمان بن ربيعة الباهلى وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف فى العطاء ، فعرض الخيل فمرّ به عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان : فرسك هذا مقرف ، فغضب عمرو وقال : هجين عرف هجينا مثله ، فوثب إليه قيس : يعنى ابن مكشوح فتوعده ، فقال عمرو :

أتوعدنى كأنك ذو رعين ... بأفضل عيشة أو ذو نواس
وكائن كان قبلك من نعيم ... وملك ثابت فى الناس راسى
قديم عهده من عهد عاد ... عظيم قاهر الجبروت قاسى
فأمسى أهله بادوا وأمسى ... يحوّل من أناس فى أناس

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أى هلك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان . ومن دخل راجلا فاشترى) فى دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل ، وجواب الشافعى على عكسه)

جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهوفرس العجم ، والعتاق الكرائم . يقال عتاق الخيل والطير لكرائمهما ، والعراب خلاف فرس العجم . والهجين مايكون أبوه من الكوادن وأمه عربية ، والكودن البرذون ويشبه به البليد ، والمقرف عكس الهجين ، وإنما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لأن أهل الشام يقولون لايسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا ، وحجتنا ما ذكر فى الكتاب وهو واضح . وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسرها ، فمعنى الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجانب . قال (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا البيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام مايوجب زيادة السهم وهو

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول : فى الصحاح والقاموس : الإقراف من قبل الفحل ، والهجنة من قبيل الأم ، فما فى الشرح مخالف لما فيهما .

وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة فى الفصل الثانى أنه يستحق سهم الفرسان . والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة ، وعنده حالة انقضاء الحرب . له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت ، وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ، ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال . ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام

فى الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك فى الفصل الثانى عن أبى حنيفة) أى فيما إذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أن له سهم فارس ، وظاهر المذهب الأول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب. له أن السبب) فى استحقاق الغنيمة إذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لأنها إنما هى (وسيلة إلى السبب) أى العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال فى دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب ، وحالة الغازى عند ذلك بالاتفاق لاتعتبر ، فكذا عند المجاوزة . والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الراجعة إلى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما إذا قاتل الصبى أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ ،فظهر اعتباره شرعا فى حق استحقاق الغنيمة ، وأنه غير متعذر (ولو تعذر أوتعسر فبشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها) والإغاظة ؛ (والحال بعدها حال بقاء القتال إلا أنه تنوع القتال إلى

وقت مجاوزة الدرب عندنا . وقوله (وهكذا) أى كقول الشافعى رضى الله عنه (روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى الفصل الثانى) يعنى ما إذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا ، وفى ظاهر الرواية لايستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا فى وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب . قال الخليل : الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها، لكن المراد بالدرب هاهنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الإسلام ودار الحرب ، حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ، ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حد دار الإسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أى تمامها وهذه رواية عنه ، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة، ودليله يدل على ذلك، وكان المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه وبالدليل إلى الأخرى لأن قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أى عند القتال إشارة إلى حال شهود الوقعة لا إلى حال انقضائها . وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا . وقوله (كالخروج من مبيت) يعنى للقتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ولا معتبر به فى اعتبار حال الغازى من كونه راجلا أوفارسا، وكذلك فى هذه الوسيلة . وقوله (وتعليق الأحكام) جواب عما سنذكر فى تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر . وبيانه أن الأحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كإعطاء الرضخ للصبى إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذمى ، ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الأحكام . ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا أو فارسا بحالة هى أقرب إلى القتال وهى شهود الوقعة لامجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف ، ومجاوزة الدرب قهرا ، وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالا . وإذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال

(قال المصنف : ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول : لم يجب عن قول الشافعى وتعليق الأحكام الخ ، إذ هو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال فى استحقاق الغنيمة فليتأمل .

ولا معتبر بها ؛ ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضى إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا . ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ، ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن فى رواية الحسن عن أبى حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة . وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا . ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا إذا باع فى حالة القتال عند البعض . والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته

المجاوزة إلى دارهم ، وسلوكهم قهرا بالمنعة لإهلاكهم وإلى حقيقة المسايفة (ولا معتبر بحال الدوام ، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره ، بخلافه فى حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبى والعبد فأدير فى حقهم عليه دون سائر الناس فيقام فى حق الكل السبب المفضى إلى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر فى حق العامة . وأما ماقيل فى التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لاتقبل للتهمة فليس بصحيح ، بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لايجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فإنه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر ، وشركته فى أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه ، ألايرى إلى مافى الحديث من قول أبى قتادة : من يشهدلى حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل فى حنين ؟ فشهد له واحــد فأعطاه إياه ، وقال عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا له عليه بينة » ولا بينة إلا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا فى غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لمشجرة أو لأنه فى سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها إذا خلص إلى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا فى السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو آجره أو رهنه فى رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة ، وفى ظاهر المذهب لايستحقه لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به ، وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لامطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لايسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا إذا باعه حالة القتال) لايسقط (عند البعض) قال المصنف (الأصح أنه يسقط) لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما انتظر حالة العزة . وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن ، فبيعه فيها دليل أنه عنّ له غرض الآن فيه ، إما لأنه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ، ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه إذ ذاك انتظارا لحالة الرغبات فى الشراء . وفى المحيط : لو جاوز بفرس لايستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لايستحق سهم الفرسان ، وإن كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ، ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان :

ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لأن الفارس لايمكنه أن يقاتل فارسا دائما لأنه لابد له من أن ينزل فى بعض المضايق خصوصا فى المشجرة أو فى الحصن أو فى البحر . وقوله (ولأن الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ماذكرنا .

(ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبى ولا ذمى ولكن يرضخ لهم على حسب مايرى الإمام) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام كان لايسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم » ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة : يعنى أنه لم يسهم لهم ، ولأن الجهاد عبادة والذمى ليس من أهل العبادة ، والصبى والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لايمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم ، والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال

فى رواية له سهم فارس ، وفى رواية سهم راجل . ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الأولى ، إلا أن يزاد فى أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع ، فإنه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبىّ ولا ذمى ولكن يرضخ لهم) أى يعطون قليلا من كثير ، فإن الرضخة هى الإعطاء كذلك ، والكثير السهم ، فالرضخ لايبلغ السهم ولكن دونه (على حسب مايرى الإمام) وسواء قاتل العبد بإذن سيده أو بغير إذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر فى الكتاب . وقد استدل المصنف بأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان لايسهم الخ . أخرج مسلم : كتب نجدة بن عامر الحرورى إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما ؟ فكتب إليه : أن ليس لهما شىء إلا أن يحذيا . وفى أبى داود عن يزيد بن هرمز : كتب نجدة الحرورى إلى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : أنا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما إلى نجدة ، قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما أن يضرب لهن بسهم فلا ، وقد كان يرضخ لهن . وأخرج أبو داود والترمذى وصححه عن عمير مولى أبى اللحم قال : شهدت خيبر مع ساداتى ، إلى أن قال : فأخبر أنى مملوك فأمر لى بشىء . وأما ما فى أبى داود والنسائى عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه « أنها خرجت فى غزوة خيبر سادسة ست نسوة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبعث إلينا فجئنا فرأينا فى وجهه الغضب فقال : مع من خرجتنّ ؟ وبإذن من خرجتنّ ؟ فقلن : يارسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين فى سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقى السويق ، فقال : قمن حتى إذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال » وبه قال الأوزاعى . وقال الخطابى : إسناده ضعيف لاتقوم به حجة . وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته . وقال الطحاوى : يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة . وقال غيره : يشبه أنه إنما أعطاهن من الخمس الذى هو حقه . هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه فى أصل العطاء ، وأرادت بالسهم ماخصصص به . والمعنى خصنا بشىء كما فعل بالرجال ، وإنما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان ، لأنهم أتباع أصول فى التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم فى غير النفير العام فى غير الصبى ، ويزيد الذمى بأنه ليس أهلا له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها . ومن الأمور الاستحسانية إظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والأصل بخلاف السوقى فى العسكر والمستأجر لخدمة الغازى إذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا ، وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الأجير لأنهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعا فى حق الحكم بل فى السفر ونحوه . ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل إخراج الخمس ، وهو قول الشافعى رحمه الله وأحمد ، وفى قول له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس ، وفى

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود إلى الرق ، وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع فى الحال لوجود التوهم .

ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر ، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذمى إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين ، إلا أنه يزاد على السهم فى الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد والأول ليس من عمله ولا يسوّى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد

قول للشافعى رحمه الله: من خمس الخمس ، وقال مالك رحمه الله : من الخمس (ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل) وكذا الصبى والذمى لأنهم يقدرون على القتال إذا فرض الصبى قادرا عليه فلا يقام غير القتال فى حقهم مقامه ، بخلاف المرأة فإنها تعطى بالقتال وبالخدمة لأهل العسكر وإن لم تقاتل لأنها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها ، والأمان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ، ولا يرد إعطاء الذى إذا لم يقاتل ، بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخا بل بمقام الأجرة ولهذا يزاد على السهم إذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه ، بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد ، ولا يسوّى فى عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لايقبله الله منه ولا يصححه له فلذلك (لايبلغ به السهم) كما ذكره المصنف . قالوا : والسهم مرفوع البتة لأنه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل ، وهذا على قول الأكثر ، وأما من يجيز إقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به . وهل يستعان بالكافر عندنا إذا دعت الحاجة جاز ، وهو قول الشافعى رحمه الله وابن المنذر ، وجماعة لايجوّزون ذلك لما فى مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها « أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة ، فقال له عليه الصلاة والسلام : تؤمن بالله ورسوله ؟ قال لا ، قال : ارجع فلن نستعين بمشرك » الحديث « إلى أن قال له فى المرة الثالثة نعم ، «قال انطلق » وعن حبيب بن إساف قال : «أتيت أنا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا ، فقلت : يارسول الله إنا نستحى أن يشهد قومنا مشهدا لانشهده معهم ، فقال : أتسلمان ؟ فقلنا : لا ، فقال : إنا لانستعين بالمشركين ، قال : فأسلمنا وشهدنا معه . قال : فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوّجت بنته بعد ذلك ، فكانت تقول : لاعدمت رجلا وشحك هذا الوشاح ، فأقول : لاعدمت رجلا عجل أباك إلى النار » . رواه الحاكم وصححه . وقول المصنف : ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة : يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الأحاديث ، والمذكور فى ذلك حديث أبى يوسف رحمه الله : أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال : « استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم» . ولكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف . وأسند الواقدى إلى محيصة قال : « وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ، ويقال أحذاهم ولم

(قوله لأنها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهر . واعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لأنه إنما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال . وأجيب بأن الأمان صحته لاتتوقف على القدرة على حقيقة القتال ، بل تثبت بشبهة القتال لأنه مما يثبت بالشبهات وهى ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها ، وأما السهم من الغنيمة فإنما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهى عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والأول ليس من عمله) أى الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الأعمال فيبلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ، ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعى : لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم

يسهم لهم . وأسند الترمذى إلى الزهرى قال : « أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه » وهو منقطع وفى سنده ضعف ، مع أن يحيى بن القطان كان لايرى مراسيل الزهرى وقتادة شيئا ويقول هى بمنزلة الريح ، ولا شك أن هذه لاتقاوم أحاديث المنع فى القوّة فكيف تعارضها . وقال الشافعى رحمه الله : ردّه صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ، ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع واستعان فى غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك ، فالرد إن كان لأجل أنه مخير بين أن يستعين به وأن يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر ، وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه مابعده ، ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين إذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ، ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ، ولعل رده من رده فى غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لاتحل لهم ، هذا رأى الكرخى ، وسيأتى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى فى سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم ، واليتيم صغير لا أب له ، والمساكين منهم فى سهم المساكين ، وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى فى أبناء السبيل . فإن قيل : فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم . أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لايستحق من الغنيمة شيئا لأن استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ، ومثله ماذكر فى التأويلات للشيخ أبى منصور : لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن . أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تفضى إلى أن الفقير منهم لايستحق لأنه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم . وفى التحفة : هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات (وقال الشافعى : لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) وبقول الشافعى قال أحمد . وعند مالك الأمر مفوّض إلى رأى الإمام إن شاء قسم بينهم وإن شاء أعطى بعضهم دون بعض وإن شاء أعطى غيرهم إن كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة المرادة هنا تخص بنى هاشم وبنى المطلب ، فالخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه . وقال المزنى والثورى : يستوى فيه الذكر

أجره بالغا مابلغ . قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى فى الأصناف الثلاثة ، ومعنى هذا الكلام أن أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدمون عليهم ، ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين ، وأبناء السبيل منهم يدخلون فى أبناء السبيل . وسبب الاستحقاق فى هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج ، غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ، ثم إنهم مصارف لامستحقون حتى أنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات (ولا يدفع إلى أغنيائهم . وقال الشافعى رضى الله عنه : لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبنى نوفل

لقوله تعالى ـ ولذى القربى ـ من غير فصل بين الغنى والفقير . ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ماقلناه وكفى بهم قدوة . وقال عليه الصلاة والسلام « يامعشر بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوّض وهم الفقراء.

والأنثى ، ويدفع للقاصى والدانى وهو ظاهر إطلاق النص (له إطلاق قوله تعالى ـ ولذى القربى ـ بلا فصل بين الغنى والفقير) ولأن الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولاتفصيل فيها بخلاف اليتامى فإنهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الإطلاق كقولنا ، وذلك لأن اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها ، بخلاف ذوى القربى ، ثم لاتنتفى مناسبتها بالغنى لأنه لايبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ماقلنا وكفى بهم قدوة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان إجماعا ، إذ لايظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم، والكلام فى إثباته ، فروى أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم : لله والرسول سهم ، ولذى القربى سهم ، ولليتامى سهم ، وللمساكين سهم ، ولابن السبيل سهم . ثم قسم أبوبكر وعمر وعثمان وعلىّ رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل . وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق قال : سألت أبا جعفر : يعنى محمد بن علىّ فقلت : أرأيت على بن أبى طالب رضى الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع فى سهم ذوى القربى ؟ قال : سلك به والله سبيل أبى بكر وعمر ، فقلت : وكيف وأنتم تقولون ماتقولون ؟ قال : أما والله ماكان أهله يصدرون إلا عن رأيه ، قلت : فما منعه ؟ قال : كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبى بكر وعمر انتهى . وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه ، وبه تصح رواية أبى يوسف عن الكلبى ، فإن الكلبى مضعف عند أهل الحديث إلا أنه وافق الناس . وإنما الشافعى يقول : لا إجماع بمخالفة أهل البيت ، وحين ثبت هذا حكمنا بأنه إنما فعله لظهور أنه الصواب لأنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما ، وقد علم أنه خالفهما فى أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الأولاد وغير ذلك ، فحين وافقهما علمنا أنه رجع إلى رأيهما إن كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه . وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن أبى جعفر محمد بن علىّ قال : كان رأى علىّ فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر . قال : ولا إجماع بدون أهل البيت لأنا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب إليه خلافهما ، وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم فى اعتقاده فلم يكن منعه إلا لرجوعه وظهور الدليل له ، وكذا ماروى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان فى الأول كذلك ثم رجع ، ولئن لم يكن رجع فالأخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى . فإن قيل : لوصح ماذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لأن الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق ، وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لأنه أعطاهم بلا شبهة .

(لقوله تعالى ـ ولذى القربى ـ من غير فصل بين الغنى والفقير) فيشتركان (ولنا أن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ماقلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان إجماعا . وقوله (وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم) دليل على أنه لم يصرف إلى أغنيائهم شىء لأنه قال («يابنى هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدى الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوّض وهم الفقراء) يعنى أن المعوض وهو الزكاة لايجوز دفعها إلى الأغنياء ، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس

والنبيّ عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ، ألاترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال : « إنهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام ، وشبك بين أصابعه » دل على أن المراد من النصرقرب النصرة لا قرب القرابة .

أجاب على قول الكرخى أن الدليل دالّ على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام « يامعشر بنى هاشم » الحديث ، وهو بهذا اللفظ غريب ، وتقدم فى الزكاة : وأسند الطبرانى فى معجمه : حدثنا معاذ بن المثنى ، حدثنا مسدد ، حدثنا معتمر بن سليمان ، وساق السند إلى ابن عباس قال : بعث نوفل بن الحرث ابنيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما : انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات ، فأتيا النبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبراه بحاجتهما ، فقال لهما : «لايحل لأهل البيت من الصدقات شىء ولا غسالة الأيدى ، إن لكم فى خمس الخمس مايغنيكم ويكفيكم» . ورواه ابن أبى حاتم فى تفسيره : حدثنا أبى ، حدثنا إبراهيم بن مهدى المصيصى ، حدثنا معتمر بن سليمان به بلفظ « رغبت لكم عن غسالة أيدى الناس. إن لكم من خمس الخمس مايغنيكم » وهو إسناد حسن ، ولفظ العوض إنما وقع فى عبارة بعض التابعين ، ثم فى كون العوض إنما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض ممنوع ، ثم هذا يقتضى أن المراد بقوله تعالى ـ ولذى القربى ـ فقراء ذوى القربى ، فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا ، وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين إياهم مطلقا ، كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم ، وكذا ينافيه إعطاؤه عليه الصلاة والسلام الأغنياء منهم ، كما روى « أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون . وقول المصنف (والنبى صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثانى ، لكن يوجب عليه المناقضة مع ماقبله لأن الحاصل حينئذ

الغنائم لايدفع إليهم لأن العوض إنما يثبت فى حق من فات عنه المعوّض وإلا لايكون عوضا لذلك المعوض . فإن قيل : هذا الحديث إما أن يكون ثابتا صحيحا أولا ، فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح ، وإن كان الثانى لايصح الاستدلال به ؟ أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين : إحداهما إثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ماذكرنا . والثانية جعله على خمسة أسهم ، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ، ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به ، كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة » وهو لايقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول للحديث دلالتان ، فإحداهما باقية وإن انتفت الأخرى . فإن قيل : لو كان ماذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبيّ عليه الصلاة والسلام ، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بنى هاشم وبنى المطلب . أجاب بقوله (والنبى صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ، ألاترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال : إنهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام ، وشبك بين أصابعه) وقصته ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال «لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس ، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : يارسول الله هؤلاء بنوهاشم لاننكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله به فيهم ، فما بال إخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : أنا وبنو المطلب لانفترق فى جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شىء واحد ، وشبك بين أصابعه وأشار إلى نصرتهم » وإذا كان كذلك (دل على أن المراد بالنص) أعنى قوله ولذى القربى (قرب النصرة لاقرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع فى الشعب لانصرة القتال ، يشير إليه قوله :

أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته ، وذلك لايخص الفقير منهم ، ومن الأغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم ، وهو خلاف مانقلنا عنهم أنهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة . ويعكر ماسيرويه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهما مع أنه لم يعرف إعطاء عمر بقيد الفقر مرويا ، بل المروى في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب : حدثنا جبير ابن مطعم «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب » قال : وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه . وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال : « اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : يارسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لاينازعني أحد بعدك فافعل ، قال : ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير ، فعزل حقنا ثم أرسله إليّ فقلت : بنا العام غنى وبالمسلمين إليه حاجة فاردده عليهم ، فرده ثم لم يدعني إليه أحد بعد عمر ، فلقيت العباس بعد ماخرجت من عند عمر فقال : ياعليّ حرمتنا الغداة شيئا لا يردّ علينا وكان رجلا داهيا » فهذا ليس فيه تقييد الإعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذرى ضعف هذا فقال : وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوى القربى ، وفي حديث عليّ أنه قسم لهم ، وحديث جبير صحيح ، وحديث عليّ لا يصح انتهى . والذى يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوى القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ماهو المذهب ، وإلا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام ، وذلك أن ذوى القربى وإن قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فإنهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم ، فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف : أى أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد ، كأن يعطى تمام الخمس لأبناء السبيل ، وأن يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم ، خصوصا وقد رأوهم أغنياء متمولين إذ ذاك ورأوا صرفه إلى غيرهم أنفع . ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ، ويدفع قول الطحاوى إنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك ، بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لاحق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخا ، ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته ، فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل ، لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه ، لأنه لوكان الغنى مصرفا صح الصرف إليه ، وأجزأ لأن المصرف من حيث إذا صرف إليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القربى عندهم كذلك . هذا وأما أنه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده إلى سعيد بن المسيب قال : أخبرني جبير بن مطعم قال : « فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك

« لا نفترق في جاهلية ولا إسلام » ولهذا يصرف للنساء والذرارى . وإذا ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الإعطاء لأن الحكم ينتهى بانتهاء علته .

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبرّكا باسمه ، وسهم النبى عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفىّ) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده . والصفى شىء كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية .

بنى نوفل وبنى عبد شمس ، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضى الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : يارسول الله هؤلاء بنو هاشم لاننكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله فيهم ، فما بال إخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : إنا وبنو المطلب لانفترق فى جاهلية ولا إسلام ، وإنما نحن وهم شىء واحد ، وشبك بين أصابعه » أشار بهذا إلى نصرتهم إياه نصرة المؤانسة والموافقة فى الجاهلية ، فإنه ليس إذ ذاك نصر قتال فهو يشير إلى دخولهم معه فى الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بنى هاشم وأن لايبايعوهم ولا يناكحوهم ، والقصة فى السيرة شهيرة . وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لايتأتى منهم قتال . وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد ، أعنى عبد مناف له أولاد هاشم الذى من ذريته النبى صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس ، فكان قرابة كل من نوفل وبنى عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة ، فقتضى استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعى أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا ، فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التى تحقق منها تلك النصرة السابقة ، ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل إنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ماذكرنا (قوله فأما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول ، فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد ، فإنه ليس المراد من قوله تعالى ـ فأن لله خمسه وللرسول ـ ولكذا وكذا أن له سبحانه سهما كما لكل من الأصناف سهم ، بل ذكر الله تعالى فى افتتاح الكلام ليتبرك به بذكر اسمه تعالى ـ فإن لله ما فى السموات ومافى الأرض ـ فسهم الله تعالى ورسوله واحد . وقال أبو العالية : سهم الله ثابت يصرف إلى بناء بيته الكعبة إن كانت قريبة ، وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس . ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكر ، فإن هذا التفسير روى عن ابن عباس رضى الله عنه . رواه الطبرانى فى تفسيره عن أبى كريب : حدثنا أحمد بن يونس ، حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قرأ ـ واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه ـ ثم قال : فأن لله خمسه مفتاح الكلام ـ لله مافى السموات وما فى الأرض ـ وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علىّ بن الحنفية فيه قال : هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة ، وفى غير حديث عن ابن عباس رضى الله عنهما «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس فى خمسة » ، فعلى قول هذا القائل تكون فى ستة (قوله وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده ، والصفى شىء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية) قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفى

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص فقال : فأما ذكر الله تعالى فى الخمس يعنى قوله تعالى ـ فأن لله خمسه ـ (فإنه لافتتاح الكلام تبرّكا بذكره ، وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى) بالإجماع (لأنه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته) لأن الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة (ولا رسول بعده . والصفىّ شىء كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر ، واصطفى

وقال الشافعي : يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبيّ صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لما روينا . قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله : هذا الذى ذكره قول الكرخي . وقال الطحاوى : سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ،ولأن فيه معنى الصدقة نظرا إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة . وجه الأول

ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به علىّ رضى الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه إليه ، وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر . رواه أبو داود فى سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعي رحمه الله : يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة) لأنه إنما كان يستحقه بإمامته لا برسالته . قال المصنف (والحجة عليه ماقدمناه) أى من أن الخلفاء الراشدين إنما قسموا الخمس على ثلاثة ، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لأنفسهم ، ولم ينقل ذلك عن أحد ، وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة . وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم مايغنى فيه . وقوله (كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) يعنى ماتقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لا يخفى ضعفه فإن قوله تعالى ـ ولذى القربى ـ إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة فى الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا فى الحياة وبعد الممات ، وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك : أى فى حياته وبعد مماته ، فليس الوجه فيه إلاماقدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم ، غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيارا لأحد الجائزين له ، لا أن الصرف إليهم كان واجبا عليه ، كما أنه يجوز أن يقتصر

صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعي رضى الله عنه : يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة ، والحجة عليه ماقدمناه) أنه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة. لايقال: قوله وسهم ذوى القربى وقع مكررا حكما وتعليلا . لأنا نقول : ما ذكره أوّلا كان فى حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم ، وهذا نقل لكلام صاحب القدورى . قال: أى القدورى (وبعده) أى بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أى استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي :وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع) يعنى قوله: ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلاثة ، ولا يظن بهم أنه خفى عليهم النص أو منعوا حق ذوى القربى فكان إجماعهم دالا على أنه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم . ومنع الشافعي رضى الله عنه الإجماع ، وسنده ماروى عن أبي جعفر محمد بن علىّ رضى الله عنهم قال : كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ، ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضى الله عنهما والإجماع بدون أهل البيت لاينعقد . وقلنا : لايحل للمجتهد أن يترك رأى نفسه برأى مجتهد آخر احتشاما له ، فإن ثبت ما روى دل أنه كره المخالفة لأنه رأى الحجة معهما فقد خالفهما فى كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولأن فيه) أى فى سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لأن الهاشمى الذى يصرف إليه فقير ، إذ لو لم يكن فقيرا لايجوز صرفه إليه بعد النبيّ صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذووالقربى إياه كما حرم الهاشمى العامل على الصدقة العمالة وهو مايعطى على عمله ، وقد مرّ فى باب الزكاة ،وهذا الدليل إن كان بالنسبة إلى أصحابنا فهو تام ، وإن كان بالنسبة إلى الشافعي رضى الله عنه فليس بذاك ، لأن كون المصرف فقيرا ليس إلا فى حيز النزاع عنده فإنه يسوى بين الغنىّ والفقير (وجه الأول) يعنى قول الكرخي ،

وقيل هو الأصح ماروى أن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم ، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراؤهم فيدخلون فى الأصناف الثلاثة (وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا لم يخمس) لأن الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان ، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة (فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام) لأنه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين ، بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم .

على مصرف دون مصرف ، ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف إلى غيرهم . وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق فى التقرير ، وإنما قال (وقيل هو الصحيح) أى قول الكرخى لأن من المشايخ كشمس الأئمة من يرجح قول الطحاوى عليه ، غير أن توجيهه بأن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ماتقدم . وقوله (والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يريد إجماع الخلفاء الراشدين وإلا فهو محل النزاع إلى اليوم من العلماء (قوله وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بمغيرين الخ) جمعه نظرا إلى قوله فأخذوا . ولا يخفى أن الكلام أيضا فى قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيها على أن الثلاثة أيضا مراد أى إذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير إذن الإمام (فأخذوا شيئا لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد ، وأما الأربعة فيخمس . وفى المحيط عن أبى يوسف : أنه قدر الجماعة التى لا منعة لها بسبعة ، والتى لها منعة بعشرة ، ومذهب الشافعى ومالك وأكثر أهل العلم أنه يخمس ما أخذه الواحد تلصصا لأنه مال حربى أخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ، ونحن وأحمد رحمه الله فى رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة ، بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة ، إذ المتلصص إنما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ، ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص ، بخلاف ماقاسوا

(وقيل هو الأصح ماروى أن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم ، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يعنى إجماع الخلفاء الأربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فيدخلون فى الأصناف الثلاثة) كما تقدم فى أول البحث ، وكرر هذه الزيادة للإيضاح ، وإنما قال : وقيل هو الأصح لأن صاحب المبسوط اختار قول أبى بكر الرازى أن الفقراء لم يكونوا مستحقين ، وإنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف إليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ، ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو مختار القدورى كما أشار إليه قوله : وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة . وقوله (وإذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر . وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر . ووجه الرواية الأخرى أن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين ، فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة . فإن قلت : قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شيء ـ مطلق فيجب الخمس وجد الإذن أو لم يوجد . أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة . وقوله (وإن دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية. نقل الناطفى عن كتاب الخراج لابن شجاع : كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : إذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر فى أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة ، فإذا بلغوا ذلك فهم سرية (قوله إذ لو خذلهم) أى ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) أى ضعفهم .

(فصل فى التنفيل)

قال (ولا بأس بأن ينفل الإمام فى حال القتال ويحرض به على القتال فيقول « من قتل قتيلا فله سلبه » ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى

عليه من الواحد والاثنين إذا دخلا بإذن الإمام لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم ، كما عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالأربعة أو العشرة إذا دخلوا بغير إذنه تحاميا عن توهين المسلمين والذين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين ، وكان المأخوذ قهرا غنيمة ، وخذله خذلانا إذا ترك نصره وأسلمه .

(فصل فى التنفيل)

نوع من القسمة فألحقه بها ، وقدم تلك القسمة لأنها بضابط وهذا بلا ضابط لأنه إلى رأى الإمام بأن ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما . والتنفيل إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ، ويقال لولد الولد كذلك أيضا ، ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله ولا بأس بأن ينفل الإمام) أى يستحب أن ينفل نص عليه فى المبسوط ، وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه ، وبه يتأكد ماسلف بأن قول من قال لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه . واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور، لكنه لاينحصر فى التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى، فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا، ثم إذا كان هو أدعى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو فى نفسه بل هو واجب مخير . وأما ماقيل فى التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشىء ، وإلا حرم التنفيل لاستلزامه محرما، وإنما قيد بقوله حال القتال لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره . ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا » فإنما كان بعد فراغ الحرب فى حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيئا فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس .

(فصل فى التنفيل)

التنفيل نوع من التصرف فى الغنائم ، ففصل عما قبله بفصل، يقال نفل الإمام الغازى : أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله « من قتل قتيلا فله سلبه » (قوله لا بأس بأن ينفل الإمام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه ، فإن التنفيل قبل إحراز الغنيمة مستحب لأنه تحريض والتحريض مندوب إليه بقوله تعالى ـ يا أيها النبىّ حرّض المؤمنين على القتال ـ فإن قيل : الأمر المطلق للوجوب فما الصارف عنه إلى الاستحباب ؟ فالجواب أنه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف إلى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا) تسمية الشىء باسم ما يئول إليه

(فصل فى التنفيل)

(قال المصنف : فيقول من قتل قتيلا الخ) أقول : الفاء التفسير .

ـ يا أيها النبيّ حرّض المؤمنين على القتال ـ وهذا نوع تحريض ، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره ، إلا أنه لاينبغى للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام) لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز : قال (إلا من الخمس) لأنه لاحق للغانمين فى الخمس

أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمان التى أوجبها الشرع إذ فيه تسوية الفارس بالراجل، وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص . ذكره فى السير الكبير ، وهذا بعينه يبطل ماذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما ، وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية ، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان ، والفرع المذكور من الحواشى ، وبه أيضا ينتفى ماذكر من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة فيه ، وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة ، ولا ينفل بجميع المأخوذ لأن فيه قطع حق الباقين ، ومع هذا لو فعل جاز إذا رأى المصلحة فيه . ثم محل التنفيل الأربعة الأخماس قبل الإحراز بدار الإسلام ، وبعد الإحراز لايصح إلا من الخمس ، وبه قال أحمد . وعند مالك والشافعى رحمهم الله لايصح إلا من الخمس لأنه المفوض إلى رأى الإمام وما بقى للغانمين . قلنا : إنما هى حقهم بعد الإصابة ، أما قبلها فهو مال الكفار ، وفيه نظر لأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة ، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة . نعم حق الغانمين فيه ضعيف مادام فى دار الحرب ، بخلافه بعده ، وعلى هذا لو كان القتال وقع فى دار الإسلام بأن هجمها العدو ليس له أن ينفل إلا من الخمس لأنه بمجرد الإصابة صار محرزا بدار الإسلام (قوله لأنه لاحق للغانمين فى الخمس) . أورد عليه أنه إن لم يكن حقا لهم فهو للأصناف الثلاثة ، فكما لايجوز إبطال حق الغانمين كذا لايجوز إبطال حق غيرهم . أجيب إنما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الأصناف الثلاثة ، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكفى لما قدمنا أنهم مصارف ، ولهذا قال فى الذخيرة : لاينبغى للإمام أن يضعه فى الغنى ويجعل نفلا له بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء ، فجعله للأغنياء إبطال حقهم

(قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعنى التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبى جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغى للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل، وإن فعله مع السرية جاز) لما ذكر فى السير الكبير : إذا قال الإمام للعسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لايجوز ، لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل ، وكذلك إذا قال ماأصبتم فهو لكم ، ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الذى أوجبه الله تعالى فى الغنيمة وإبطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لايجوز . وقوله (لأنه لاحق للغانمين فى الخمس) فيه نظر ، فإنه إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة وذلك لايجوز . وأجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الأصناف الثلاثة فلم يكن ثمة إبطال حقهم إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف لما تقدم أنهم مصارف لامستحقون ، لكن ينبغى أن يكون المنفل له الذى جعل واحدا من الأصناف الثلاثة فقيرا لأن الخمس حق المحتاجين لاحق الأغنياء فجعله للغنى إبطال حق المحتاجين

(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فى ذلك سواء) وقال الشافعى : السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعثه له، ولأن القاتل مقبلا أكثر غناء فيختص بسلبه إظهارا للتفاوت بينه وبين غيره . ولنا أنه مأخوذ بقوّة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص . وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبى سلمة « ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك » وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثانى لما رويناه .

(قوله وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعى : السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد، إلا أنه قال : إذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعى الأول قولا واحدا . وله فيمن يرضخ له قولان : أحدهما كقول أحمد ، والثانى لاسلب له . وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا ، وأن لايرمى سهما إلى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لأن ذلك ليس غناء كثيرا ، إذ كل أحد لايعجز عنه . واستدل عليه بما روى الجماعة إلا النسائى من حديث أبى قتادة : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حنين فساقه إلى أن قال : فقال عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ، قال : فقمت فقلت من يشهد لى ثم جلست ، ثم قال مثل ذلك فى الثانية ، فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة : يعنى قصة قتله للقتيل ، فقال رجل من القوم : صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندى فأرضه من حقه ، فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه : لاها الله إذن لايعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ، قال عليه الصلاة والسلام : صدق فأعطه إياه ، قال فأعطانيه » وأخرج أبو داود فى سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين « من قتل كافرا فله سلبه » فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم . ورواه ابن حبان والحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولا خلاف فى أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك ، وإنما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم فى الأوقات والأحوال ، أو كان تحريضا بالتنفيل قاله فى تلك الوقعة وغيرها يخصهما ، فعنده (هو نصب الشرع) لأنه هو الأصل فى قوله (لأنه إنما بعث لذلك) وقلنا : كونه تنفيلا هو أيضا من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص ، واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبى سلمة : « ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك ») فكان دليلا على أحد محتملى قوله « ومن قتل قتيلا فله سلبه » وهو أنه تنفيل فى تلك الغزاة لانصاب عام للشرع ، وهو حسن لو صح الحديث أو حسن ، لكنه إنما رواه الطبرانى فى معجمه الكبير والوسط : بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها

وقوله (وقال الشافعى رضى الله عنه) ظاهر . وقوله (وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة فى مسجده ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحنين للحاجة إلى التحريض ، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال « من أخذ أسيرا فهو له » ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك فى السلب (فيحمل على الثانى) يعنى على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبى سلمة دفعا للتعارض .

(قال المصنف : فنحمله على الثانى الخ) أقول : فيه بحث .

فخرج إليه فقتله ، فجاء بما معه ، فأراد أبوعبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة : لاتحرمنى رزقا رزقنيه الله ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال معاذ : ياحبيب إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إنما للمرء ماطابت به نفس إمامه » . وهذا معلول بعمرو بن واقد . ورواه إسحاق بن راهويه : حدثنا بقية بن الوليد ، حدثنى رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال : كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهرى إلى أن قال : فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد ، فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه ، فقال حبيب لأبى عبيدة : قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » قال أبوعبيدة : إنه لم يقل ذلك للأبد ، وسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه ، فقال معاذ : ألا تتقى الله وتأخذ ماطابت به نفس إمامك ، فإنما لك ماطابت به نفس إمامك ، وحدثهم بذلك معاذ عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعض الخمس ، فباعه حبيب بألف دينار . وفيه كما ترى مجهول . ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك ، وسماه حبيب بن أبى سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ، ولكن قد لايضر ضعفه ، فإنا إنما نستأنس به لأحد محتملى لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام ، وقد يتأيد بما فى البخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف فى مقتل أبى جهل يوم بدر ، فإن فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمر و بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفيهما : « كلا كما قتله ، ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده » ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما ، إلا أن البيهقى دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبىّ صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطى منها من شاء ، وقد قسم لجماعة لم يحضروا ، ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقرّ الأمر على ذلك انتهى . يعنى ماكان إذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال ، وقد يدّعى أنه قال فى بدر أيضا على ما أخرجه ابن مردويه فى تفسيره من طريق فيه الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس ، وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر « من قتل قتيلا فله سلبه » فجاء أبواليسر بأسيرين ، فقال سعد بن عبادة : أى رسول الله ، أما والله ماكان بنا جبن عن العدو ولا ضنّ بالحياة أن نصنع ماصنع إخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة ، قال : فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم ، فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للأبد . وهو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر : من قتل قتيلا فله كذا وكذا فى أبى داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا ، وإنما هو كناية من الراوى عن خصوص ما قاله . وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير ، فإن الحال بذلك غير معتاد ، ولا الحال يقتضى ذلك لقلتها أو عدمها ، فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه الراوى هو السلب ، وما أخذ لأنه المعتاد أن يحصل فى الحرب للقاتل ، وليس كل ماروى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله فى بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله ، غاية الأمر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على مايفيد أن المذكور من قوله « من قتل قتيلا فله سلبه » أنه ليس نصبا عاما مستمرا ، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل فى تلك الوقائع . ومما يبين ذلك بقية حديث أبى داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات ، فلما فتح الله عليهم قال المشيخة : كنا ردءا لكم ، لو انهزمتم لفئتم إلينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى ، فأبى الفتيان ذلك وقالوا : جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا

وزيادة الغناء لاتعتبر فى جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ، وكذا ماكان على مركبه من السرج والآلة ، وكذا مامعه على الدابة من ماله فى حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب)

الحديث . فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين . وحديث مسلم وأبى داود عن عوف بن مالك الأشجعى دليل ظاهر أنه كما قلنا . قال : «خرجت مع زيد بن حارثة فى غزوة مؤتة ، ورافقنى مددىّ من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفري بالمسلمين ، وقعد له المددى خلف صخرة فمرّ به الرومى فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومى ، قال عوف : فأتيت خالدا فقلت له : ياخالد أماعلمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ، قال بلى ، ولكنى استكثرته ، قلت : لتردّنه أو لأعرّفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه . قال عوف : فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددىّ وما فعل خالد ، فقال عليه الصلاة والسلام : ياخالد ردّ عليه ما أخذت منه ، قال عوف : فقلت دونك ياخالد ألم أف لك ، فقال صلى الله عليه وسلم : وما ذاك ؟ قال فأخبرته ، قال : فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : ياخالد لاتردّ عليه ، هل أنتم تاركولى أمرائى لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره » ففيه أمران : الأول ردّ قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقل « من قتل قتيلا فله سلبه » إلا فى حنين ، فإن مؤتة كانت قبل حنين ، وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك ، والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمره به ، فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره إياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الإمام له به ، ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه . وقول الخطابى : إنما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهدا ، فأمضاه عليه الصلاة والسلام ، واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط ، وذلك لأن السلب لم يكن للذى تجرأ وهو عوف وإنما كان للمددى ـ ولا تزر وازرة وزر أخرى ـ وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشدّ على عوف من منع السلب وأزجر له منه . فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحبّ أوّلا أن يمضى شفاعته للمددى فى التنفيل ، فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لا أنه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية . فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا عاما لازما . وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلا فقال زيادة الغناء (فى الجنس الواحد لاتعتبر) موجبة زيادة من المغنم لمن قامت به . وقوله (كما ذكرناه) يعنى ماقدمه فى أوّل فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن إغناء هذا فى هذا الحرب أكثر من هذا ، ولا يكفى زيادة شهرة هذا دون ذلك إذ لا بعد أن يتفق إغناء من غير المشهور فى وقت أكثر من المشهور ، أو يشير إلى قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال فى حقيبته وما على وسطه) من

وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلا أكثر غناء (قوله كما ذكرناه) إشارة إلى ماتقدم من قوله ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة ، أو من قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد فى فصل كيفية القسمة

(قال المصنف : ومركبه) أقول : بالرفع .

وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ، فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ، حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهى له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها ، وكذا لا يبيعها . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : له أن يطأها ويبيعها ، لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب وبالشراء من الحربى ، ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف ، والله أعلم .

ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل . والحقيبة الرفادة فى مؤخر القتب ، وكل شىء شددته فى مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته . وللشافعى فى المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما فى وسطه من النفقة وحقيبته قولان : أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد ، والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد فى بردته روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين) فقط (وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مرّ من قبل) أى فى باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهى له) ومن أصاب شيئا فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) فى دار الحرب (وقال محمد : له أن يطأها) وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها فى دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم فى دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالإجماع بعد الإستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق ، لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ه ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس إلا القهر كما فى الغنيمة ، ولا يتم إلا بعد الإحراز بدار الإسلام لأنه مادام فى دار الحرب مقهور داراً وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا فى حقه من وجه دون وجه ، ولا أثر للتنفيل فى إثبات القهر بل فى قطع حق غيره ، وأما الملك فإنما سببه ماهو السبب فى كل الغنيمة وهو ماذكرنا ، بخلاف المشتراة لأن سبب الملك العقد والقبض بالتراضى لا القهر وقد تم ، وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الإحراز لا لما ذكر لأن لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة . واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة فى دار الحرب عند أبى حنيفة فيه خلاف . قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت فى سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة ، وجعل الأظهر فى المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين . وقوله (ووجوب الضمان بالإتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف

(قوله لما مر من قبل) إشارة إلى ماذكر فى باب الغنائم وقسمتها بقوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ، ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك . وقوله (لأن التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله أن المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لأن من أصحابنا من يقول قسمة الإمام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته . وقوله (ووجوب الضمان) مراع على الابتداء . وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره . وفى بعض النسخ : وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك : أى يثبت الملك ووجوب الضمان للمتنفل له على من أتلف من الغزاة سلبه الذى أصابه ، والأول أولى ، وإنما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وبيان ذلك أن محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف اسلب من نفله الإمام يضمن لأن

لأن محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب نفله الإمام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء عندكما أيضا بعد الاستبراء فقال فى جوابه بل هو على الخلاف فإنما يضمن عند محمد خلافا لهما . وفى نسخة وقد قيل بالواو ، والله الموفق .

الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف ، فورد الضمان شبهة عليهما لأن الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء ، فقال فى دفع ذلك إنه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن : وعندهما لا يضمن والله أعلم .

انتهى الجزء الخامس من فتح القدير

ويليه :

الجزء السادس ، وأوله : باب استيلاء الكفار

فهـــرس

الجزء الخامس

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صحيفة

صحيفة